Der Tatbestand des Annahmeverzuges nach gemeinem Recht und dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit

Genehmigung der Hohen juristischen Fakultät der Universität
Breslau

Freitag, den 19. Dezember 1902, Vormittags 12 1/4 Uhr

in der

Aula Leopoldina der Königlichen Universität

gegen die Herren Opponenten

Referendar **Max Guttmann**
Referendar **Walter Salinger**

öffentlich verteidigen wird

Felix Warschauer
Referendar.

Greifswald.
Buchdruckerei Hans Adler.
1902.

Meinen Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. A. Einleitung 1

B. **Der Tatbestand des Gläubigerverzuges.**

I. Voraussetzungen in der Person des Gläubigers.

a. Das Unterlassen der Mitwirkung zur Erfüllung.

§ 2. 1. Gegenstand und Grenzen der Mitwirkung 3

§ 3. 2. Ihre juristische Bedeutung 9

§ 4. 3. a. Ihr Inhalt im einzelnen 23

§ 5. b. Verschulden des Gläubigers beim Unterlassen der Mitwirkung? 34

II. Voraussetzungen in der Person des Schuldners.

§ 6. a. Leistungsbereitschaft und Angebot 51

1. Die Leistungsbereitschaft 51

2. Notwendigkeit des Angebots 55

3. Real- und Verbal-Angebot 58

4. Fortfall des Angebots 70

§ 7. b. Inhalt des Angebots im einzelnen 73

A. Einleitung.

§ 1.

Die Entwickelung der Lehre vom Verzuge des Gläubigers ist ein Verdienst der neueren gemeinrechtlichen Wissenschaft. In Zeiten, deren wirtschaftliche Verhältnisse weniger kompliziert waren als die unsrigen, scheint der Fall, daß der Schuldner leisten und nur der Gläubiger zur Erfüllung nicht mitwirken will, offenbar seltener praktisch geworden zu sein. Wenigstens finden wir weder in den römischen noch in den deutschen Quellen irgendwo den Annahmeverzug wirklich ex professo geregelt.[1]) Nur wenige singuläre, wohl für die frühere Praxis besonders wichtige Fragen, wie im Corpus juris die Regelung der Unterbrechung des Zinslaufes durch den Annahmeverzug und im deutschen Rechte die Normierung eines Preisgebungsrechts des Schuldners gegenüber dem morosen Gläubiger, genießen eine eingehendere Behandlung. Wo die Sachlage etwas verwickelter liegt, wie beim Verzug des Gläubigers mit der Wahl bei Alternativobligationen, da lassen uns selbst unsere römischen Quellen völlig im Stich. — Auch die ältere gemeinrechtliche Literatur hat mit der Lehre von der mora creditoris wenig anzufangen gewußt. Die rein äußerliche Gleichartigkeit des Gläubiger- und Schuldnerverzuges, daß beide die Erfüllung verzögern, trat in den Vordergrund, und der Annahmeverzug figurierte daher meist nur als eine besondere Spielart der mora debitoris. Hauptsächlich bearbeitet wurden bezeichnender Weise die in der Person des Schuldners liegenden Vor-

---

1) fr. 32 pr. D. de usur. 22,1.

aussetzungen des Gläubigerverzuges und hierbei, sonderlich bei der Lehre von der Real- und Verbaloblation, gab es viel Streit um Kaisers Bart.

Der Schwerpunkt der Lehre des Gläubigerverzuges liegt indessen nicht bei der Tätigkeit des Schuldners, sondern bei der Mitwirkung des Gläubigers: Der Verzug des Schuldners stellt sich dar als die Verzögerung einer Verpflichtung. Verletzt nun auch der Gläubiger, der seine Mitwirkung zur Erfüllung verzögert, eine Pflicht? Und wenn anders, wie charakterisiert sich diese „Mitwirkung zur Erfüllung" rechtlich? Welchen Inhalt und Umfang hat sie? Bei diesen Fragen hat, unter Vorantritt Kohlers, die neuere Wissenschaft des gemeinen Rechts eingesetzt und hauptsächlich im Anschlusse an die Streitfrage, ob der Gläubiger die Verzögerung kulpos unterlassen müsse, um in Verzug zu geraten, die Lehre vom Annahmeverzuge entwickelt.

Das B. G. B. hat sich beinahe nirgends in so hohem Grade die Ergebnisse der gemeinrechtlichen Wissenschaften zu eigen gemacht wie im zweiten Titel des zweiten Buches, der die Lehre vom „Verzug des Gläubigers" behandelt. Die Kenntnis und Erforschung des gemeinen Rechts bleibt also gerade hier nach wie vor von höchster Bedeutung. Aus dieser Thatsache ergiebt sich zugleich der maßgebende Gesichtspunkt für die Methode der Darstellung: Es wäre unangebracht, die Darstellung in einen gemeinrechtlich-historischen und einen zweiten, das gegenwärtige Recht des B.G.B. enthaltenden Teil zu zerreißen; denn das gemeine Recht ist eben für unser Rechtsgebiet auch unter dem jetzigen Rechtszustand durchaus nicht historisch geworden. Gerechtfertigt ist vielmehr ausschließlich eine Teilung nach sachlichen Gesichtspunkten, und unter diesen eine gemeinsame Behandlung des alten und des neuen Rechts.

Danach soll auch hier im folgenden die Lehre vom Tatbestande des Annahmeverzugs dargestellt werden.

B. Der Tatbestand des Gläubigerverzuges.

I. Voraussetzungen in der Person des Gläubigers.

a. Das Unterlassen der Mitwirkung zur Erfüllung.

§ 2.

1. Gegenstand und Grenzen der Mitwirkung.

1. Die Mitwirkung des Gläubigers bei Bewirkung seiner Leistung ist, wie gesagt, der Kernpunkt der Lehre vom Gläubigerverzuge. Soweit die Notwendigkeit oder nur die Möglichkeit dieser Mitwirkung reicht, so weit kann auch der Gläubiger die Mitwirkung unterlassen und daher in Annahmeverzug geraten. Der Begriff der Mitwirkung ist dabei in weitestem Sinn zu nehmen. Eine recht äußerliche Auffassung ist es, wenn immer wieder der Annahmeverzug nur auf den Fall eigentlicher „Annahme" beschränkt wird, in welchem sich die mitwirkende Tätigkeit des Gläubigers ausschließlich in der Entgegennahme der fertigen Leistung, in der „letzten zur Übergabe erforderlichen" Handlung dokumentiert,[1]) wenn dagegen nicht diejenigen Fälle einbegriffen werden, in denen für den Schuldner schon im Stadium seiner die Erfüllung vorbereitenden Tätigkeit eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist; sei es nun daß der Gläubiger ein Wahl- oder Spezifikationsrecht ausüben, eine Rechnung übersenden, eine Ware abholen oder irgend eine der zahlreichen anderen Handlungen rechtlicher oder tatsächlicher Natur vornehmen muß, ohne deren Vornahme der Schuldner eben schon im Vor-

---

[1]) Vgl. vor allen Bernstein, Alternativer Wille, S. 20 ff.: „So lange der Gläubiger nicht wählt, kann von einer mora creditoris keine Rede sein." Bezeichnend falsch ist auch die Auffassung bei Litthauer H.G.B. § 375 Anm. c; im Übrigen siehe Ulrich, die Deposition und Derelektion behufs Befreiung des Schuldners. Züricher Inaug. Diss. S. 9. Note 13; Mommsen Beiträge zum Obligationen-Recht III, 1855, S. 153.

bereitungsstadium seiner Erfüllungstätigkeit stecken bleibt.[1]) Denn es unterliegt zunächst keinem Zweifel, daß auch in diesen Fällen die Verzögerung der Erfüllung in letzter Linie am Gläubiger liegt, daß es auch hier stat per creditorem quominus solvatur.[2]) Und ferner giebt es überhaupt eine Erfüllung im Sinne von Entgegennahme der fertigen Leistung nur bei den wenigsten Obligationsarten; nur bei denjenigen nämlich, bei denen zufällig mit der letzten zur Bewirkung der Leistung notwendigen Handlung des Schuldners auch ein Akt gläubigerischer Mitwirkung zusammenfällt, was der Regel nach wohl nur bei Schuldverhältnissen vorkommt, deren Erfüllung im Geben und Entgegennehmen von Sachen besteht. Bei zahlreichen anderen Arten von Schuldverhältnissen fehlt der Erfüllung aber diese markante Stellung am Ende der schuldnerischen Leistungstätigkeit, insbesondere bei der wichtigen Kategorie der Verpflichtungen zu Diensten, beim Auftrag, bei Verwaltungen u. s. w. Die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers verteilen sich bei diesen Schuldverhältnissen auf verschiedene, zeitlich auseinanderliegende Momente der gesammten schuldnerischen Leistungstätigkeit, ohne aber gerade dem Abschlusse derselben irgendwie wesentlich zu sein. Oft genug kommt es sogar vor, daß in den verschiedenen Stadien der Entstehung der Leistung, so lange die letztere noch unfertig ist, die Mitwirkung des Gläubigers ununterbrochen notwendig bleibt

---

[1]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 6 u. 7 II S. 312 Note 5a; Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht, 1861, II S. 222.

[2]) Gegen diese Ansicht daher schon Glück, ausführliche Erläuterungen der Pandekten IV, S. 402; sodann besonders Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris 1889, S. 118, 119. Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik XVII S. 374 fg., vgl. aber S. 304. v. Madai, die Lehre von der mora 1837, S. 266; Arnd's Lehrbuch der Pandekten § 251 Nr. 2; Wächter Pand. S. 400; Hirsch, zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, 1895, S. 17. Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris etc. 1898, S. 30; Unger, über Obligationenrecht in Haimerls Österreich. Vierteljahrsschrift, XIV, S. 127. Vgl. Entsch d. R.G. Bd. X S. 99 und Bd. XIV S. 245.

und gerade die Bewirkung der fertigen Leistung ohne eine solche Mitwirkung vor sich gehen kann.[1]) In derartigen Fällen gäbe es, wenn der Gläubiger wirklich nur durch Nichtannahme der fertigen Leistung in Verzug käme, keine Möglichkeit, ihn in Verzug zu setzen, obwohl die Mitwirkung des Gläubigers hier nicht minder häufig und notwendig ist wie bei Sachleistungen. Das ist aber natürlich unhaltbar.

Das B.G.B. hat dem richtigen Standpunkte durch die Fassung der allgemeinen Begriffsbestimmung im § 293 einen wenig zutreffenden Ausdruck gegeben, indem es das Eintreten des Verzuges davon abhängig macht, daß der Gläubiger „die ihm angebotene Leistung nicht annimmt." Denn gerade an dem Worte „annehmen" klebt die falsche, restringierende Interpretation des Tatbestandes des Annahmeverzugs. Dies Wort, noch dazu in Verbindung mit dem Ausdrucke „angebotene", fordert geradezu die Auffassung heraus, daß es sich beim Gläubigerverzuge nur um die Verzögerung der fertigen oder mindestens bis zu einem gewissen Grade konkretisierten Leistung handle, und es ist charakteristisch hierfür, daß im § 300 Abs. 2 B.G.B., wo der durch die mora creditoris bewirkt Gefahrübergang bei Gattungsschulden geregelt wird,[2]) die herrschende Meinung gerade auf Grund der Worte: „daß er (der Gläubiger) die angebotene Sache nicht annimmt" verlangt, daß zur Bewirkung des Gefahrüberganges eine Aussonderung der Sache stattfinden müsse, da nur eine

[1]) Bauer A. ist verpflichtet den auf meinem Hofe liegenden Schutt abzufahren; um auf den Hof zu gelangen und den Schutt aufzuladen, bedarf er ununterbrochen meiner Mitwirkung, nämlich der Freigabe des Hofes für sein Gespann und der Hergabe des Schuttes. Aber gerade das Abfahren des Schuttes auf der Straße bis zum Abladeplatz, also gerade die Beendigung der Leistungsbewirkung kann von Statten gehen, ohne daß meinerseits eine Mitwirkungstätigkeit notwendig wird.

[2]) § 300[2] B.G.B. lautet: Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt.

gehörig konkretisierte Sache „angeboten und angenommen" werden könne.[1]) Das Gesetz steht allerdings auf diesem Standpunkte nicht. Es hat die gesamte neuere Entwickelung der Gläubigerverzugslehre in Theorie und Praxis nicht auf den Kopf stellen wollen und bringt dies dadurch zum Ausdrucke, daß es auch die Fälle, in denen schon „zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist", d. h. also auch die Fälle der Mitwirkung im Vorbereitungsstadium der Erfüllung schlechthin als mora creditoris behandelt (§ 295 B.G.B.). In gleicher Absicht giebt es auch dem die Materie regelnden Titel nicht die Überschrift „Annahmeverzug", sondern die allgemeinere „Verzug des Gläubigers". Indessen wäre gerade im § 293 eine allgemeinere Formulierung der gläubigerischen Mitwirkung wünschenswert gewesen.

2. Wo allerdings keine Mitwirkungsmöglichkeit ist, da ist auch keine Möglichkeit eines Gläubigerverzuges. Mit den Grenzen des Begriffs „Mitwirkung" ist das Gebiet des Annahmeverzuges zugleich nach außen hin festgelegt. Indessen sind die Fälle, in denen der Schuldner ohne jede Mitwirkung des Gläubigers erfüllen kann, in denen daher auch ein Verzug des letzteren nicht denkbar ist, verhältnismäßig selten. Voll und ganz gehören hierher nur die Verpflichtungen zu Unterlassungen, denn ohne Zweifel bedarf ein Nichttun des Schuldners zu seiner Durchführung nie einer Mitwirkung des Gläubigers.[2]) Problematisch

---

[1]) Dernburg, das bürgerl. Recht, Bd. II. Teil 1 S. 27. Rosenberg, der Verzug des Gläubigers, in Iherings Jahrb. Bd. 43. S. 277. Neumann, Kommentar zum B,G.B. Anm. 2 zu § 300. Planck, Komment. zum B.G.B. Note 2 zu § 300; und andere. Entgegengesetzter, richtiger Ansicht offenbar Ebert bei Fischer-Henle, B.G.B.[2] Anm. 5 zu § 300.

[2]) cf. Kohler Jahrb. XVII S. 263 ff.; Mommsen S. 137; Schingnitz, Inwieweit ist zur Erfüllung einer Obligation die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich? Inaug.-Diss. 1899 § 6; Siehe auch Munk S. 1 u. Anm. 1; Wachsner, Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges. Inaug.-Diss. S. 3; Dernburg, das Bürgerliche Recht S. 250. Nicht hierhe. gehören die Fälle, in denen der Schuldner zu einer Unterlassung nur für den Fall ver-

steht es dagegen schon mit den hier auch öfters angezogenen Obligationen, deren Inhalt in einer „Geschäftsführung“ besteht, wozu u. A. Mandat, negotiorum gestio, locatio conductio operarum und vor allem die gesetzlichen Verwaltungsverpflichtungen des Ehemannes, der Eltern, des Vormunds u. s. w. gehören. Denn bei ihnen ist entschieden eine Mitwirkung des Gläubigers insoweit erforderlich, als dieser z. B. die aus der Geschäftsführung gewonnenen Einkünfte entgegen nehmen, den Schuldner mit Vollmachten, Vorschüssen, Gehalt versehen, Genehmigungen erteilen, Abschlüsse annehmen muß und dgl. mehr, weil eine geordnete Verwaltung ohne eine derartige Tätigkeit des „Geschäftsherrn“ gewöhnlich nicht ausführbar ist. Der Geschäftsherr gerät daher, wenn er diese Mitwirkung unterläßt, in den Verzug des Gläubigers. — Wird demnach schon bei diesen Verpflichtungen eine vollkommen selbständige Erfüllungsbewirkung des Schuldners nur ausnahmsweise vorkommen, so ist es geradezu grundsätzlich falsch, mit Hirsch[1]) anzunehmen, daß es bei der Immobiliarmiete für die Erfüllung der Verpflichtung des Vermieters keiner Mitwirkung des Gläubigers (Mieters) bedürfe. Richtig ist allerdings, daß der Vermieter seiner Leistungspflicht bereits genügt, wenn er die Wohnung für den Mieter in ordnungsmäßigem Zustande bereit hält. Aber damit hat er, wie Kohler[2])

---

pflichtet ist, daß der Gläubiger etwas tut, so z. B. wenn jemand vertraglich verbunden ist, das Dreschen auf seiner Tenne so lange zu unterlassen, als der Gläubiger eine nebenanliegende Villa bewohnt. In derartigen Fällen bildet nämlich die Tätigkeit des Gläubigers nach dem Inhalte des Vertrages eine aufschiebende Bedingung, mit deren Eintreten die Wirkung des Vertrages erst eintritt (§ 158 B.G.B.), die Unterlassungspflicht des Schuldners also erst entsteht. So lange der Gläubiger nicht tätig wird (die Villa nicht bezieht), existiert eine Verpflichtung des Schuldners zur Unterlassung (des Dreschens) noch gar nicht. Wo aber keine Verpflichtung, da auch keine Erfüllungsvereitelung, also kein Annahmeverzug.

[1]) Hirsch S. 134.

[2]) Kohler, der Gläubigerverzug im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. XIII, S. 152.

treffend bemerkt, noch nicht erfüllt. Denn der Obligationszweck, der durch die Erfüllung verwirklicht werden soll[1]), ist bei der Miete nicht das Bereitstehen, sondern das Bewohntwerden der Wohnung, und daß der Mieter zu letzterem mitwirken muß, bedarf keines Wortes. Der Mieter wird mithin moros, wenn er die für ihn bereitstehende Wohnung nicht bezieht. Allerdings sind die Wirkungen des Annahmeverzuges bei der Immobiliarmiete insofern beschränkt, als nach der Natur der Leistung keine Erfüllungssurrogate (Hinterlegung, Selbsthülfeverkauf) in Frage kommen können. Indessen fehlen diese Wirkungen auch bei anderen Obligationen, z. B. bei Verpflichtungen zu Dienstleistungen. Dagegen liegt eine gerade bei der Immobiliarmiete sehr wesentliche und für den Vermieter bedeutungsvolle Wirkung des Annahmeverzugs darin, daß der Vermieter vom Augenblicke des Annahmeverzuges an nur noch für dolus und culpa lata haftet (§ 300[1] B.G.B.). Wenn also das B.G.B. im § 356 bestimmt, daß der „Vermieter die vermietete Sache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande ..... zu erhalten“ habe, so haftet der Vermieter auch hinsichtlich dieser Erhaltungspflicht beim Annahmeverzuge des Mieters nicht mehr für jedes Verschulden im Sinne der allgemeinen Vorschrift des § 276 B.G.B., sondern nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Die Sorgfaltpflicht des Vermieters für die Instandhaltung der Wohnung ist m. a. W. während des Annahmeverzuges des Mieters erheblich herabgemindert. Es ist daher auch die Möglichkeit gegeben, daß sich durch einen, nach diesem geringeren Maßstab von dem Vermieter nicht zu vertretenden Umstand während des Annahmeverzugs des Mieters ein Fehler in die Wohnung einschleicht, der ihre „Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche aufhebt oder mindert“ (§ 537). Der Mieter hat dann den ihm sonst bei derartigen

---

[1]) Vgl. über „Obligationszweck“ und „Obligationsinhalt“ Dernburg, Pand. II S. 45.

Fehlern nach § 538 B.G.B. zustehenden Schadensersatzanspruch nicht, selbst dann nicht, wenn er nach anfänglichem Verzuge die Wohnung bezieht und der Vermieter sich nunmehr weigert, die während des Verzuges entstandenen Fehler zu beseitigen.

§ 3.

2. Juristische Bedeutung der Mitwirkung.

1. So selten nun auch die Fälle rein einseitiger Erfüllungsmöglichkeit sein mögen, so außerordentlich bezeichnend ist doch die Tatsache, daß es derartige Fälle giebt, für das Wesen der Erfüllung und damit zugleich für die rechtliche Bedeutung der Mitwirkung. Ist die Erfüllung nämlich, wenn auch in vereinzelten Fällen, möglich durch rein einseitige Tätigkeit des Schuldners, dann ist zur Erfüllung als solcher auch kein Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger „erforderlich."[1]) Zur Erfüllung gehört dann vielmehr nichts weiter, als daß dem Gläubiger ordnungsmäßig zu Teil geworden ist, was ihm nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zukommt. Die Erfüllung ist dann etwas rein Aktuelles, sie ist ausschließlich Tatsache, die Tatsache nämlich, daß der Schuldner die Leistung an den Gläubiger bewirkt hat. Eine besondere Einigung darüber, daß mit dieser Tatsache das Schuldverhältnis nun auch endgültig erledigt, die Schuld erfüllt sein soll, ist nicht notwendig. Unrichtig ist es daher auch, mit Dernburg[2]) zu sagen, zur Erfüllung sei nur nicht „in allen Fällen ein Vertrag zwischen dem Erfüllenden und dem Gläubiger erforderlich." Denn es leuchtet nicht ein, warum denn gerade in den Fällen einer Mit-

---

[1]) Vgl. für und gegen die Vertragstheorie: Gruchot, Lehre von der Zahlung der Geldschuld S. 12; Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allg. Lehr. S. 231; Römer, Festschrift S. 1 und 20; Habicht, Einwirkung 1, Seite 167; Entsch. des R.O H.G. Bd. XXIV, S. 67; Kohler, Jahrb. S. 261, 262; Schingnitz S. 2. 3.; Rosenberg in Ihering's Jahrbüchern Bd. 43, S. 211, 212.

[2]) Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd II Teil I S. 250 II.

wirkungsnotwendigkeit zur Erfüllung mehr nötig sein soll als da, wo eine Mitwirkung nicht erforderlich ist; warum also gerade das Moment der Mitwirkungstätigkeit des Gläubigers einen besonderen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner erheischen soll, der in Fällen ohne diese Mitwirkung nicht zur Erfüllung gehört. Möglich ist ja allerdings ein besonderer Erfüllungsvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner neben jeder Erfüllung auch bei der rein einseitig durch den Schuldner vollzogenen; ein derartiger Vertrag ist dann aber kein essentiale der Erfüllung, sondern ein nach freiwilliger Übereinkunft der Parteien neben der Erfüllung hergehendes besonderes Rechtsgeschäft mit ganz besonderen Wirkungen. Diesem Standpunkt entsprechend erklärt es auch das B.G.B. in § 362 Abs. 1 als zur Erfüllung hinreichend, „wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird". Also die bloße Tatsache der Leistungsbewirkung, von Erfüllungsvertrag kein Wort! Im § 363 wird dann als Folge der ausdrücklich „als Erfüllung angebotenen" und „als Erfüllung angenommenen" Leistungsbewirkung, als Folge also eines besonderen Erfüllungsvertrages auch die besondere Wirkung einer Beweislastumkehrung normiert. Während nämlich für gewöhnlich im Streitfalle der Schuldner zu beweisen hat, daß seine Leistung die richtige war, soll als besondere Folge des Abschlusses eines Erfüllungsvertrages den Gläubiger die Beweislast treffen, wenn er „trotz der Einigung über die Erfüllung die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei."[1])

[1]) Gegen die Vertragstheorie spricht auch der schon anfangs (S. 4) betonte Umstand, daß die Mitwirkung des Gläubigers durchaus nicht immer mit dem Schlusse der schuldnerischen Leistungstätigkeit zusammenfällt. Wo dieses aber nicht der Fall ist, müßte, da der Erfüllungsvertrag natürlich einen Überblick der Parteien über die ganze Leistung voraussetzt, entweder nach Schluß der Leistungbewirkung ein ausdrücklicher Vertragsschluß zwischen Gläubiger und Schuldner stattfinden, was wohl kaum jemals geschehen dürfte, oder der Erfüllungsvertrag müßte mehr oder weniger fingiert werden.

Wenn es aber richtig ist, daß für die Erfüllung als solche ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner sich erübrigt, so folgt daraus mit Notwendigkeit, daß auch zur Erfüllungsmitwirkung des Gläubigers nicht die Erklärung gehört, daß der Gläubiger die Leistung „als Erfüllung annehme.“ [1]) Der Gläubiger muß bei Vermeidung der Verzugsfolgen alles seinerseits erforder-forderliche tun, um die Erfüllung herbeizuführen, — nicht weniger, aber auch nicht mehr; und die Erklärung, daß die vom Schuldner bewirkte Leistung auch in der Tat die Erfüllung sei, ist nach dem oben Gesagten ein „zuviel.“ Durch eine derartige Erklärung wirkt der Gläubiger nicht mehr nur zur Erfüllung mit, sondern er bringt sich auch für den Fall eines zukünftigen Prozesses in die ungünstige Lage des Beweispflichtigen. Der Gläubiger kann daher die Abgabe einer derartigen Erklärung verweigern, ohne in Verzug zu geraten.

Ebenso wenig wird gegen einen ausdrücklichen Vorbehalt bei der Annahme etwas einzuwenden sein: Einesteils, weil auch der Vorbehalt auf die Erfüllung ohne jeden Einfluß ist. Erfüllt ist die Schuld, ob sich nun der Gläubiger etwas vorbehält oder nicht, wenn die Leistung richtig bewirkt ist. Andererseits, weil in den meisten Fällen der Mangel eines Vorbehalts bei der Annahme einer stillschweigenden, die Leistung billigenden Erklärung im Sinne des § 363 B.G.B. gleichgeachtet werden würde, so daß der Gläubiger schon durch das bloße Unterbleiben des Vorbehalts häufig die zur Erfüllung notwendige Mitwirkung überschreiten würde. Noch einleuchtender ist die Zulässigkeit des Vorbehalts in denjenigen Fällen, in denen, wie in den §§ 373, 378 H.G.B., 464 B.G.B. das Unterbleiben des Vorbehalts [der Mängelanzeige, Beanstandung,] sogar die

---

[1]) Unerörtert kann die Ansicht Rosenbergs (S. 212) bleiben, nach welcher die Erfüllung zwar kein Vertrag, wohl aber ein einseitiges Rechtsgeschäft des Schuldners sei; denn auch hiernach ist eine Erklärung des Gläubigers, die Leistung als Erfüllung annehmen zu wollen, zur Erfüllung nicht erforderlich. Rosenberg S. 197 freilich anders.

Präklusion mit gewissen Rechten zur Folge hat.[1]) Es ist zwar richtig, daß „Erfüllung Frieden machen soll“[2]) und daß die nicht vorbehaltlose Annahme der Leistung durchaus nicht Frieden macht, vielmehr Prozesse in Aussicht stellt. Aber dies ist ein Ideal! Praktisch brächte es die ungerechtfertigsten Härten mit sich, wenn man mit der entgegengesetzten herrschenden Ansicht den Gläubiger, dem es häufig noch längere Zeit nach der Erfüllung unmöglich sein wird, die Korrektheit der Leistung mit Sicherheit zu beurteilen, immer gleich in die peinliche Alternative drängen wollte: entweder vorbehaltlos anzunehmen, damit aber auch alle seine Rechte gegen den Schuldner oft aufzugeben, oft so gut wie aufzugeben; oder sich zwar seine Rechte vorzubehalten, dann aber jederzeit Gefahr zu laufen, in Annahmeverzug zu geraten, sofern die angebotene Leistung vielleicht doch korrekt war.

2. Eine andere sonderlich von der älteren Litteratur vertretene, aber auch neuerdings nicht völlig einflußlose Auffassung erblickt das Wesen der Mitwirkung in einer Verpflichtung des Gläubigers zur Vornahme der Mitwirkungshandlungen. Nicht nur der Schuldner, auch der Gläubiger soll zur Erfüllung beizutragen obligatorisch verbunden sein.[3]) Es leuchtet ein, daß die Stellungnahme zu dieser Ansicht von noch weittragenderer Bedeutung für die Beurteilung des Wesens der mora creditoris ist, als die Stellungnahme gegenüber der Erfüllungsvertragstheorie. Denn ist der Gläubiger zur Mitwirkung verpflichtet, ist er m. a. Worten hinsichtlich der Vornahme seiner Mitwirkungshandlungen Schuldner, dann dokumentiert sich auch die Verzögerung dieser Mitwirkungspflicht als Schuldnerverzug. Die mora creditoris ist dann überhaupt nichts weiter als eine Spielart der mora debitoris, die allenfalls singulärer Sonderbestimmungen,

---

[1]) Litthauer H.G.B. S. 464f. und dort citierte Entsch.

[2]) Wie Dernburg B.G.B. II. S. 251 IV in ähnlichem Zusammenhange citiert.

[3]) Vgl. statt aller nur Wolff, zur Lehre von der mora 1841 S. 488, 492, v. Madai S. 227, 228 und bes. Entsch. des R.O.H.G. Bd. XI S. 155.

nimmermehr aber fundamentaler Verschiedenheiten fähig ist. Insbesondere würde dann auch die wichtige, das gemeine Recht neuerdings beherrschende Hauptstreitfrage, ob ein Verschulden des Gläubigers Voraussetzung seines Verzuges sei, in Analogie mit der mora debitoris bejahend zu entscheiden sein.[1])

Nach der herrschenden und richtigen Ansicht besteht nun eine derartige Verpflichtung für den Gläubiger nicht. Kohler in erster Linie[2]) hat dies an der Hand zahlreicher Beispiele dartun wollen. Er hat darauf hingewiesen, daß jeder der mit einem Porträtisten, einem Zahnarzt, einem Fiaker akkordiert, andernfalls auch gehalten wäre, sich malen, den Zahn ziehen oder sich spazieren fahren zu lassen. Ein Billet fürs Theater oder fürs Konzert, einen Fahrschein für die Eisenbahn verfallen zu lassen, wäre pflichtwidrig, man wäre verpflichtet, in „Charleys Tante" zu gehen oder auf der Tramway zu fahren, ob man will oder nicht, sobald man einmal ein Billet gelöst hat. Damit aber, meint er, würde das Subjekt des Forderungsrechts zu seinem Objekt herabsinken, aus dem Porträt ein Modell, aus dem Patienten ein Versuchsobjekt, aus dem Passagier ein Transportierter werden u. s. w.

Durchschlagend ist dieser Beispielsbeweis allerdings noch durchaus nicht.

Erstens, weil sich bei einer großen Anzahl der Kohler'schen Beispiele die scheinbar unhaltbaren Konsequenzen der Annahmepflicht aus ganz andern rechtlichen Gesichtspunkten herschreiben. Ein Konzertimpresario z. B. oder der Eisenbahnfiskus haben nicht das geringste Vermögensinteresse daran, daß der Gläubiger, der Billetkäufer, auch wirklich seine Zeit im Konzert absitzt, seine Strecke im Coupee abfährt. Ihnen genügt es vom materiellen Standpunkte ihrer Kasseneinnahme vollständig, wenn der Gläubiger sein Billet bezahlt hat. Da nun aber, zum mindesten gemeinrechtlich[3]), und richtiger Ansicht auch nach neuem bürgerlichen

---

[1]) Vgl. unten § 5 dieser Arbeit.

[2]) Kohler, Jahrb. Bd. XVII § 2.

[3]) Dernburg, Pandekten Bd. II S. 2, 50—52.

Recht[1]) ein „Vermögenswert der Leistung" Voraussetzung jeder Obligation ist, wäre in derartigen Fällen die Mitwirkungstätigkeit des Gläubigers überhaupt nicht geeignet, den Gegenstand einer Verpflichtung zu bilden. Bei anderen Beispielen, wie dem vom Zahnarzt und vom Porträtisten, handelt es sich wieder um Verpflichtungen, welche die „Freiheit der Persönlichkeit" des verpflichteten Gläubigers übermäßig beschränken und aus diesem Grunde als unsittlich a priori nichtig sein würden. Ob man sich einen Zahn ziehen oder ob man sich abkonterfeien lassen will, soll eben, weil es sich um Dinge handelt, die der Persönlichkeitssphäre angehören, immer nur „der Ausdruck eigener freier Überzeugung" sein und keinem Moment des Zwanges unterliegen.[2])

Zweitens aber ist zu bedenken, daß selbst die treffendsten Beispiele uns nicht darüber hinweghelfen können, daß eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers an sich durchaus denkbar, ja sogar, daß sie in einzelnen Fällen — wobei nur auf die Annahmepflicht des Käufers verwiesen sei — von der Rechtsprechung als wünschenswert und notwendig anerkannt worden ist; denn das Gesetz, allmächtig wie es ist, ist selbstverständlich auch in der Lage, eine Annahmeverpflichtung zu statuieren und hat von dieser Möglichkeit sogar noch im B.G.B. in singulären Fällen Gebrauch gemacht (s. weiter unten). Mit Beispielen ist also noch nichts gewonnen!

Es ist aber überhaupt nicht notwendig, wie Kohler die Negative beweisen zu wollen, daß die Mitwirkungspflicht des Gläubigers nicht bestehe. Nicht die Nichtexistenz, die Existenz der Mitwirkungspflicht wäre gerade darzutun, da doch zweifelsohne diese Pflicht, soweit sie nicht etwa besonders vertraglich vereinbart wird, was selten genug vorkommen dürfte, ebenso wie jede andere Verpflichtung ihre bestimmte Grundlage in einer speziellen Bestimmung des Gesetzes finden müßte. Das Gesetz müßte sozusagen den Tatbestand des „Gläubigerseins" unzwei-

[1]) Dernburg, Bürg. Recht, Bd. II, S. 185—187.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. II, S. 48.

deutig für einen Obligationsgrund erklären. Dies ist aber nicht der Fall: Weder in den römischen Quellen, noch im B.G.B. wird das Bestehen einer allgemeinen Mitwirkungspflicht irgendwo, in irgend welcher Form ausgesprochen; denn aus der vielzitierten l. q. D. de act. empt. 19. 1 folgt, wie sich weiter unten zeigen wird, allenfalls eine Annahmepflicht beim Kauf, also höchstens eine Mitwirkungspflicht singulärer Natur. Und wenn Schey[1]) eine derartige gesetzliche Bestimmung zu finden glaubt in dem, zwar nicht unmittelbar auf die Mitwirkung des Gläubigers gemünzten, aber „über allen speziellen Rechtsverhältnissen schwebenden“ und daher auch diesen speziellen Fall erfassenden Chikaneverbote des römischen Rechts „neminem laedere“, so ist auch dies unrichtig. Allerdings schädigt der Gläubiger den Schuldner, wenn er die von diesem angebotene Leistung nicht annimmt; aber andererseits wird er in der Regel, wenn er es überhaupt erst bis zum Verzuge kommen läßt, selbst ein lebhaftes Interesse an der Nichtannahme haben. Beim Annahmeverzuge wird daher gewöhnlich eine Kollision der Parteiinteressen bestehen, aber nur selten ein Fall reiner Chikane seitens des Gläubigers vorkommen. Und abgesehen hiervon ist zu bedenken, daß neminem laedit, qui jure suo utitur,[2]) daß m. a. W. nach römischer Auffassung innerhalb der Rechtsausübung die Schädigung dritter nicht unzuläßig ist. Man muß also wieder fragen: Ist die Mitwirkung die bloße Ausübung eines Rechts des Gläubigers oder nicht? Und wie man diese Frage beantwortet, ist eben petitio principii.[3]) — Dieses negative Ergebnis in den römischen Quellen und im B.G.B. beweist allein, aber auch durchschlagend, daß weder das Gemeine Recht

---

[1]) Schey, S. 102 bis 108.

[2]) l. 10 § 1 D. de jure et justit. 1 1.

[3]) Diese Auffassung ist neuerdings allgemein aufgegeben, ebenso auch die Ansicht, daß der Schuldner einen alternativen Anspruch auf Annahme oder Erlaß habe. — Vgl. Windscheid, Heidelb. krit. Zeitschr. III, S. 269, Ulrich S. 2; Windscheid in den Pand. II § 345 [10] zieht dies jetzt selbst zurück.

noch das B.G.B. eine allgemeine Mitwirkungspflicht des Gläubigers kennt. Das B.G.B. deutet übrigens diesen Standpunkt auch positiv dadurch an, daß es den „Verzug des Gläubigers“ nicht wie den Schuldnerverzug unter dem Titel „Verpflichtung zur Leistung“ behandelt, sondern in einer besonderen Rubrik unterbringt, und zwar bewußtermaßen, um eben anzudeuten, daß es die mora creditoris nicht als die Verzögerung einer „Verpflichtung“ konstruiert.[1])

3. Die Mitwirkung bei der Erfüllung ist also ein „Recht und und nur ein Recht“ des Gläubigers, die Annahme des Leistungsgegenstandes die genießende Ausübung des Forderungsrechts![2]) Eine allgemeine Pflicht zur Mitwirkung gibt es nicht. Die Ausübung dieses Mitwirkungsrechts unterliegt — abgesehen von den sich etwa aus dem Inhalt der Obligation selbst ergebenden Schranken — den allgemeinen, für jede Rechtsausübung geltenden Regeln. Sie ist demnach Sache des höchsteigensten Gutdünkens des Berechtigten, des Gläubigers, und namentlich teilbar und übertragbar![3]) Der Schuldner muß es sich gefallen lassen, wenn der Gläubiger nur einen Teil der angebotenen Leistung anzunehmen bereit ist, und der Gläubiger kommt nur hinsichtlich des abgelehnten Teiles in Verzug. Ebensowenig wird er moros, wenn er den Schuldner auf dessen Angebot an eine dritte Stelle verweist, welche an seiner Stelle die erforderliche Mitwirkungshandlung vornehmen soll. Doch trifft das Gesetz zuweilen auch abweichende Bestimmungen. Vgl. § 549 Satz 1 B.G.B. (Der Mieter ist ohne Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen, ins-

---

[1]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. II, Tl. I, S. 164. IV.

[2]) Vgl. Cosack, Lehrb., Bürg. Recht, Bd. I, S. 55. ff.

[3]) Die Übertragung der Mitwirkung ist durchaus nicht mit Cession identisch. Eine eigenartige Mittelstellung nimmt die Inkassiacession (Prokuraindossament!) ein. Sie ist im Verhältnisse zum Schuldner und nach außen Cession, im Innenverhältnisse des Cendenten und des Cessionars Mitwirkungsübertragung.

besondere die Sache weiter zu vermieten.) Der Gläubiger kann selbst dann nicht zur Mitwirkung bei der Erfüllung angehalten werden, wenn er die Mitwirkung aus reiner Chikane unterläßt. Denn das Chikaneverbot des § 226 B.G.B. erklärt für „unzulässig" nur die „Ausübung eines Rechts," während der Gläubiger durch das Verweigern der Mitwirkung sein Recht gerade nicht ausübt. Dagegen kann als Chikane unzulässig sein die Art und Weise, in der der Gläubiger mitwirkt, sofern sie nur den Zweck haben kann, dem Schuldner Schaden zuzufügen. (§ 226). Chikanös ist es z. B., wenn der Gläubiger bei einer Zahlung von 200000 Mark jedes Zehnmarkstück einzeln in Empfang nimmt und erst auf Klang und Gewicht prüft oder wenn er bei einer Getreidelieferung von 100000 Sack mit einem einzigen Arbeiter am Quai erscheint, um von diesem Sack für Sack aus dem Dampfer herausschleppen zu lassen. Bei einer derartig chikanösen Form der Mitwirkung kommt der Gläubiger daher, obwohl er an sich mitwirkt, doch in Verzug, wenn der Schuldner unter Ablehnung der chikanösen Mitwirkung sein Angebot rückgängig macht.

Da eine Verpflichtung zur Mitwirkung nicht besteht, gelten für die Ausführung der Mitwirkung die Grundsätze von Treu und Glauben unmittelbar nicht. Denn nach § 242 B.G.B. ist nur „der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern;" der Gläubiger ist aber hinsichtlich seiner Mitwirkungstätigkeit eben nicht Schuldner. Mittelbar finden jedoch diese Grundsätze auch auf die gläubigerische Mitwirkungstätigkeit Anwendung,[1]) weil diese ja das zur Erfüllung erforderliche Korrelat der Leistungstätigkeit des Schuldners bildet und für letztere der § 242 unmittelbar gilt. Man darf nur nicht sagen, der Gläubiger sei verpflichtet, nach Treu und Glauben zur Erfüllung mitzuwirken; eine derartige Verpflichtung besteht nicht.

[1]) Dernburg, Bürg. Recht, Bd. II, Teil 1, S. 24: „Die Beurteilung nach Treu und Glauben kann dem Schuldner wie dem Gläubiger zu gute kommen."

Richtet der Gläubiger seine Mitwirkung jedoch nicht nach Treu und Glauben ein, so kommt er in Verzug.

Die freie Ausübung des Mitwirkungsrechts wird durch die Notwendigkeit, Treu und Glauben innezuhalten, natürlich erheblich eingeschränkt. Es wird nicht immer Treu und Glauben oder der Vekehrssitte entsprechen, nur einen Teil einer angebotenen Leistung anzunehmen oder die Mitwirkungstätigkeit einem anderen zu übertragen. Wer z. B. sein Logenbillet zur Galavorstellung im Theater von einem übelriechenden, zerlumpten Strolch benutzen läßt, handelt wider Treu und Glauben. Der Schuldner darf eine derartige Mitwirkung zurückweisen, und der Gläubiger kommt in Verzug, obwohl er zur Mitwirkung bereit war.

4. Daß das Gesetz in einzelnen Fällen von seinem sonstigen Grundsatze abgewichen ist und eine Mitwirkungspflicht normiert hat, ist schon vorhin bemerkt worden. Im gemeinen Rechte geschah dies beim Kauf, im B.G.B. neben dem Kauf beim Werk- und beim Verwahrungsvertrage. In den römischen Quellen wird man allerdings einen strikten Beweis der Abnahmepflicht beim Kauf vergeblich suchen; denn die einzige hierfür in Betracht kommende l. 9. D. de act. empt. 19,1: „si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nollit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat“ ist doch entschieden für die feste Schlußfolgerung einer Annahmepflicht[1]) viel zu lapidarisch gefaßt[2]) und gegenüber dem sonst das römische Recht beherrschenden Prinzip viel zu vereinzelt. Man hat ihre Entscheidung unter Bestreitung einer Abnahmepflicht auf einen stillschweigenden oder

[1]) Siehe Barkhausen, die Klage des Verkäufers auf Abnahme der Ware, in der Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht, Bd. 30, S. 30 fg. sowie die bei ihm citierten.

[2]) Wie will man aus diesen wenigen Worten gar schließen, daß eine Verpflichtung zur Annahme nur dann vorliege, wenn der Verkäufer ein Interesse an der Annahme habe? Für diese Auffassung besonders Sintenis Bd. II, § 116 Nr. 4, Wolff, S. 488, 492; Rautmann, Rechte des Verkäufers bei mora accipiendi des Käufers, Inaug.-Diss. S. 28, 69 ff.; Dernburg Pand. Bd. II § 97, Goldschmidt im Zusatz zu Barkhausen.

ausdrücklich abgeschlossenen Nebenvertrag, etwa locatio conductio operis, zurückführen wollen,[1]) durch den der Verkäufer zugleich Reinigung des Grundstücks von den Steinen — die Stelle sagt „ex“ fundo[2]) — vereinbart hätte. Aber auch dies schwebt ganz in der Luft. Allerdings finden sich ähnliche Fälle, in denen eine Nebenverpflichtung mit der Klage aus dem Hauptvertrage geltend gemacht wird, im corpus juris, doch die l. 9 cit. spricht mit keinem Worte von dem „wesentlichen Tatbestandsmomente“ eines solchen Nebenvertrages. Es läßt sich nur sagen, daß die römischen Juristen abweichend von ihrer sonstigen Auffassung, „unbekümmert um die starre Konsequenz der Begriffe,“ in einem alleinstehenden Falle vermutlich aus Utilitätsrücksichten eine actio venditi auf Abnahme des Leistungsobjekts gewährt haben,[3]) und daß dann, — was die Hauptsache ist, — Praxis und Theorie des gemeinen Rechts[4]) diese außerordentliche Entscheidung im Sinne einer allgemeinen Abnahmepflicht beim Kauf extensiv interpretiert hat. Diese Abnahmepflicht hat somit gewohnheitsrechtlich Geltung erlangt. Das B.G.B. hat sie nach Vorgang des alten H.G.B. im § 433 — „Der Käufer ist verpflichtet, ... die gekaufte Sache abzunehmen“[5]) — aufge-

---

[1]) Vgl. Kohler, Jahrb. S. 275, Mommsen II S. 134 Anm. 3; Windscheid, Pand. II § 347; Ulrich S. 3; Wachnser, S. 32; Rosenberg S. 201.

[2]) Hierauf basiert vor allem Kohler, Arch. f. bürg. Recht XIII, S. 276, 277. Ähnlich Schmidt-Scharff, Wirkung der mora beim Kauf S. 30: Das Grundstück soll entsteint werden; er setzt in Parallele fragm. 34 de dolo malo. — [3]) Hirsch, S. 188.

[4]) Vgl. R.O.H.G. VII, S. 357 ff. XIII, S. 84; R.G. V, S. 393. Schmidt-Scharff, S. 32 und dort in Anm. 12 aufgeführte Entscheidungen. Häufig verlangte die Praxis allerdings ein Interesse an der Abnahme (S. Barkhausen S. 35). Anderer Meinung: R.G. XIV, S. 247. In d. Theorie bes. Barkhausen und Schmidt-Scharff a. a. O., Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht, 1884, Bd. II, S. 101.

[5]) Analog stellt auch das H.G.B. für den Spezifikationskauf eine Mitwirkungs-(Wahl-)pflicht fest § 375 H.G.B., was Kohler im Archiv für bürg. Recht S. 188 allerdings eine „civilistische Unrichtigkeit“ nennt.

nommen und auch auf Werkvertrag und Depositum ausgedehnt. (§ 640: der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht durch die Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist, — und § 696: Der Verwahrer kann .... die „Rücknahme"[1]) der hinterlegten Sache verlangen.) Da nach der Auffassung des B.G.B. eine Verzögerung dieser Verpflichtungen nur als Schuldnerverzug aufgefaßt werden kann, so interessiert ihr Inhalt hier nicht näher. Es mag daher auch dahingestellt bleiben, ob das B.G.B. unter dem Abnahmeanspruch wirklich ein Recht auf körperliche Wegnahme der geschuldeten Sache versteht, oder etwas anderes; nämlich beim Kaufe ein Recht darauf, „daß der Gläubiger das Gut als abgenommen erklärt, oder daß er sich so behandeln läßt, als habe er das Gut abgenommen", mit anderen Worten: einen Feststellungs- und keinen Leistungsanspruch;[2]) und beim Werkvertrage eine der römischen adprobatio analoge Anerkennung oder Billigung der Leistung als Erfüllung.[3]) Denn was unter

[1]) Siehe Motive II, S. 583. Zweifelnd Hirsch, S. 302. Das Wort „Rücknahme" statt „Abnahme" ist wohl nur auf das Wesen der actio depositi directa als eines Restitutionsanspruches zurückzuführen.

[2]) Dies ist der Standpunkt Kohlers im Archiv für bürgerliches Recht S. 241, und Romeicks, zur Technik des B.G.B., Heft I, Fristbestimmung 1901 S. 56 fg., der schwerlich zu billigen ist, weil eine derartige Feststellungsklage weder in den Worten noch in der Absicht des Gesetzes liegt. Siehe auch Prot. II, S. 53, 54; Planck II, S. 434 Nr. 7; Oertmann, Kommentar S. 157 oben; Sprenger, über die Klage des Verkäufers ꝛc., in Gruchots Beiträgen, Bd. 34 S. 252 ff.; Hirsch S. 298 ff.; Schingnitz § 8; Rosenberg S. 253. Ebensowenig beizutreten ist der Behauptung Laband's im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 74, S. 304, der unter dem „zur Abnahme verpflichtet sein" nur verstehen will, daß der Gläubiger bei Nichtannahme in Verzug gerät. Dies ergiebt sich aber aus den Vorschriften über mora accipiendi von selbst und die nun einmal nicht wegzuleugnende Bestimmung wäre dann überflüssig. Dagegen aus anderen Gründen auch Sprenger a. a. O. Siehe auch Cosack, Bd. I, S. 521.

[3]) So besonders Fischer-Henle, B.G.B. § 640 Anm. 1, ähnlich Rosenberg S. 256 fg., Kohler, Archiv für bürg. Recht, S. 242; Planck, Anm. 1 zu § 640 will unter „Abnahme" sowohl die körperliche Hinnahme, wie die

Abnahme im Sinne des Gläubigerverzuges zu verstehen sei, kann auch hier nicht zweifelhaft bleiben. Nur darauf soll hingewiesen werden, daß eine analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 433 und 640, also eine Ausdehnung der Mitwirkungspflicht auf andere Arten von Schuldverhältnissen nicht zulässig ist.[1]) Man traut dem B.G.B. wenig Gesetzgebungstechnik zu, wenn man annimmt, daß es derart wichtige in Gegensatz zu seiner prinzipiellen Auffassung stehende Bestimmungen nur für einzelne Fälle normiert und im übrigen der schwankenden Interpretation überlassen haben sollte. Und ferner, was bedeutet diese Auffassung anders als einen Rückschritt zu der alten, überwundenen Lehre von der allgemeinen Mitwirkungspflicht des Gläubigers?[2])

Wo nun aber eine derartige Mitwirkungspflicht auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder vertraglicher Bestimmung besteht, da ist die Verzögerung der Mitwirkung nicht nur als Annahmeverzug, sondern auch als Schuldnerverzug möglich. Als Schuldnerverzug insofern, als eine Verpflichtung verletzt wird; Voraussetzung ist dann ein Verschulden (§ 285 B.G.B.) des Gläubigers und eine Mahnung zur Mitwirkung seitens des Schuldners (§ 284).[3]) Als Annahmeverzug insofern, als ein-

„Anerkennung der Leistung als Erfüllung“ verstehen. Die Motive II, S. 490, wissen davon nichts. Dagegen Wachsner, Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzugs, Rostocker Inaug.-Diss. S. 34. Dernburg, B.G.B. II², S. 432, Cosack I, § 148 I³.

[1]) Eine derartige Analogie wird in hohem Grade von Dernburg, Lehrb. d. bürg. Rechts, Bd. II § 74, vertreten. Scheinbar auch Rosenberg, S. 245 Anm 1.

[2]) Dagegen auch Matthiaß, Lehrbuch Bd. I, S. 336, Hirsch S. 301, Schingnitz S. 32?

[3]) Nicht notwendig ist dagegen, um den Gläubiger in Erfüllungsverzug zu setzen, ein Angebot der Leistung seitens des Schuldners (besonders wichtig wegen der Erfüllungsbereitschaft!), denn die Verpflichtung zur Annahme wird nicht etwa erst durch fruchtloses Angebot des Schuldners begründet, sondern sie entsteht sofort beim Vertragsschlusse gleichzeitig mit der Hauptobligation selbst. Es ist daher auch nicht ganz korrekt, die „Klage auf Abnahme“ unter den „Wirkungen“ des Annahmeverzugs zu behandeln, wie Rosenberg § 12,

fach die Mitwirkung unterbleibt, ohne Rücksicht darauf, ob eine Verpflichtung zur Mitwirkung besteht. Für diesen Verzug ist ein Verschulden des Gläubigers nicht erforderlich, notwendig dagegen ein Angebot der Leistung.

Beide Möglichkeiten sind daher streng zu scheiden. Wenn z. B. § 375 H.G.B. im Verfolg des § 433² B.G.B. bestimmt, daß beim Spezifikationskaufe der Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß und ähnliche Verhältnisse zu treffen habe und dann fortfährt: „Ist der Verkäufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann ꝛc.“, — so ist damit klar ausgedrückt, daß der Paragraph die Verzögerung der Spezifikation nur als mora debitoris im Auge hat, insbesondere also Verschulden des Gläubigers voraussetzt. Die in Absatz 2 der erwähnten Bestimmung statuierten Folgerungen der Säumnis können mithin nur eintreten, wenn der Gläubiger sich im Verzuge des Schuldners befindet, wenn er insbesondere also die Spezifikation kulpos unterlassen hat. Wie aber, wenn ein Verschulden des Gläubigers nicht vorliegt, der Gläubiger durch das Unterlassen der Spezifikation also nur in Annahmeverzug gerät? [1]) Hier können auch nur die Annahmeverzugswirkungen des Bürgerlichen Rechts eintreten. Die alten schwierigen Streitfragen des gemeinen Rechts nach der Konstruktion des Spezifikationskaufes, von deren Entscheidung die nähere Fixierung der Annahmeverzugswirkungen beim Spezifikationskauf im wesentlichen abhängt, bleiben daher nach wie vor in voller Blüte.[2])

---

obwohl es sich praktisch häufig so gestalten mag, daß der Schuldner erst dann von dieser Klage Gebrauch macht, wenn er dem Gläubiger erfolglos angeboten hat.

[1]) Dies ist der wesentliche Gegensatz von Schuldner- und Gläubigerverzug beim Spezifikationskauf, nicht der von Litthauer S. 448c angegebene und schon oben (S. 3) kritisierte.

[2]) Und sind keineswegs, wie Weber zur Lehre vom Spezifikationskaufe, Inaug.-Diss. S. 41, meint, „müßig“ geworden. Siehe über diese Streitfragen unten S. 29 fg.

Möglich ist auch, daß die Verzögerung der Mitwirkung sich sowohl als Schuldner- wie als Gläubigerverzug darstellt, wenn einerseits Verschulden des Gläubigers vorliegt und andererseits auch ein Angebot der Leistung seitens des Schuldners stattgefunden hat. Dernburg[1]) meint, es bleibe dann dem „verletzten Teile überlassen, welchen Gesichtspunkt er vorkehrt, um die entsprechenden rechtlichen Folgerungen daraus zu ziehen". Wenn Dernburg, wie kaum anders anzunehmen ist, mit diesem Satze ausdrücken wollte, daß der Schuldner ein Wahlrecht habe, den Gläubiger entweder als nur im Annahmeverzuge oder als nur im Schuldnerverzuge befindlich zu behandeln, daß er dagegen nicht die Wirkungen beider Verzugsarten gemeinschaftlich geltend machen könne, so ist dem nicht beizutreten. Denn jeder Tatbestand wird von allen denjenigen Rechtssätzen ergriffen, welchen er durch seine Eigenart gerecht wird, der vorliegende also sowohl von denen der mora creditoris wie der mora debitoris. Es wäre in der Tat nicht abzusehen, warum der Schuldner in einem derartigen Falle nicht zugleich hinterlegen (Gläubigerverzug § 372), und Schadenersatz verlangen (Schuldnerverzug § 286) können sollte, warum er nicht zugleich von der Verminderung seiner eigenen Haftung (Gläubigerverzug § 300[1]) und von der Verschärfung der Haftung des Gläubigers (Schuldnerverzug § 287) sollte Vorteil ziehen dürfen. Das aber wären Konsequenzen der Dernburg'schen Ansicht.

§ 4.

3.) Inhalt der Mitwirkung an einzelnen.

Vergegenwärtigen wir uns nunmehr auch im einzelnen den Inhalt der Mitwirkungstätigkeit des Gläubigers.

Wenn soeben auseinandergesetzt wurde, daß die Mitwirkung als solche sich weder als eine Willensklärung charakterisiere noch auf einer Verpflichtung beruhe, so ist damit doch nicht

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II, S. 164.

ausgeschlossen, daß Erklärungen, Erfüllungen einer Verpflichtung und zahlreiche andere rechtliche Momente häufig den Inhalt und Gegenstand der Mitwirkung ausmachen.[1]) Dieser juristische Teil der Mitwirkung hat gewöhnlich, aber durchaus nicht immer, die Bedeutung, den Rechtsübergang vom Schuldner auf den Gläubiger zu vermitteln. „Faktisch“ ist dagegen fast jede Mitwirkung insoweit, als sie „nur in den Naturkausalismus eingreift und zu einem Natureffekt verhilft.“[2])

1. Der einfachste und Schulbeispielfall der Mitwirkung und des Annahmeverzuges ist die Mitwirkung bei Verpflichtungen zur Übertragung des Eigentums. Hier besteht die juristische Mitwirkung in dem Abschlusse des dinglichen Vertrages auf Übereignung, der für das gemeine Recht[3]) und speziell für das B.G.B. (§§ 873, 929) erfordert wird. Im gemeinen Recht wurde jedoch die beiderseitige Übereinigungsabsicht meist aus der zu Grunde liegenden causa geschlossen,[4]) eine besondere Willenserklärung des Gläubigers erübrigte sich daher, und die juristische Mitwirkung dokumentierte sich nach außen hin nicht. Im B.G.B. dagegen besteht die Mitwirkung des Gläubigers zur Perfektion des dinglichen Vertrages wenigstens bei Immobilien in einer formellen Erklärung desselben vor dem Grundbuchamte bei gleichzeitiger Anwesenheit des Schuldners (§ 925 B.G.B.). Giebt der Käufer diese Erklärung vor dem Grundbuchamte weder in Person noch durch einen legitimierten Vertreter ab, so gerät er ebenso in Annahmeverzug, wie wenn er die tatsächliche Übernahme des Grundstücks verweigern würde. Auch für Mobilien ist nach § 929 B.G.B. eine „Einigung“ erforderlich; da indessen für diese Einigung keine besonderen Formvorschriften existieren, wird hier natürlich eine dem gemeinen Rechte ähnliche Ab-

---

[1]) Schingnitz, Inwieweit ist zur Erfüllung einer Obligation Mitwirkung des Gläubigers nötig? Inaug.-Diss. S. 3, Kohler, Jahrb. S. 263.

[2]) Kohler, Jahrbücher, S. 263.

[3]) Vergl. Dernburg, Pand. I, S. 500 ff.

[4]) Dernburg a. a. O.

schwächung eintreten, sodaß man vom Gläubiger eine ausdrückliche Erklärung, Eigentum erwerben zu wollen, billigerweise nicht verlangen und eine derartige Erklärung schon als stillschweigend durch den der Eigentumsübertragung zu Grunde liegenden obligatorischen Vertrag abgegeben ansehen wird. Verlangt freilich der Schuldner noch bei der Tradition, daß der Gläubiger die Erklärung, Eigentum erwerben zu wollen, ausdrücklich abgiebt, so wird der Gläubiger diesem Ansinnen — will er nicht in Verzug geraten — entsprechen müssen, weil unter solchen Umständen eine Weigerung den Mangel des Eigentumserwerbswillens bekunden würde, die Mitwirkung des Gläubigers zur Eigentumsübertragung demnach nicht vollständig wäre. — Wird trotz der Übergabe der Eigentumsübergang von einer Bedingung abhängig gemacht, — was im B.G.B. allerdings für Immobilien prinzipiell unzulässig ist (§ 925 Abs. 2) — dann kommt der Gläubiger, sofern die Bedingung von ihm zu erfüllen ist, in Annahmeverzug, wenn er die Erfüllung verzögert. Wo im gemeinen Recht z. B. der römische Satz galt, daß beim Kauf der Eigentumsübergang bedingt ist durch Zahlung oder Stundung des Kaufpreises[1]), was auch nach B.G.B. für den Handkauf häufig anzunehmen sein wird[2]), da gerät daher der Käufer trotz der Entgegennahme des Kaufobjekts nicht nur in Erfüllungs- sondern auch in Annahmeverzug, wenn er den ungestundeten Kaufpreis nicht bezahlt[3]).

Die rein faktische Seite der gläubigerischen Mitwirkung beim

[1]) Bestritten wird dies allgemein von Dernburg, Pand. I, S. 505 Siehe dagegen aber Gerber-Cosack, deutsches Privatrecht S. 158 u. Anm. 5 und dort Citierte.

[2]) Dernburg a. a. O.

[3]) Nach reinem römischen Recht geriet der Käufer dadurch allerdings nicht in Annahmeverzug, da der Verkäufer nicht zur Eigentumsübertragung, sondern nur „zur Tradition der Kaufsache zu dauernder Beherrschung“ (habere licere) verpflichtet war. (Bestritten, doch vergl. Dernburg, Pand. II, S. 255 und Anm. 5). Diese Verpflichtung aber wird vor der Hand durch den Besitzübergang voll erfüllt.

Eigentumsübergang liegt in dem Besitzerwerb, der nach B.G.B. wie nach gemeinem Recht voraussetzt, daß der creditor die tatsächliche Gewalt über die Sache erwirbt. Nach gemeinem Recht inkludierte allerdings auch der Besitzerwerb ein Moment juristischer Mitwirkung, den animus rem sibi habendi[1]) des Gläubigers, während ja im B.G.B., wenn man überhaupt von einem Willenserfordernisse beim Besitzerwerbe sprechen will, jedenfalls nur ein „natürlicher"[2]) kein juristischer Wille in Betracht kommt.

Bei Verpflichtung zu Dienstleistungen ist die Mitwirkung des Gläubigers außerordentlich mannigfaltig gestaltet[3]); meist ist sie faktischer Natur, z. B. wenn ich meinem Schneider den Rock zum Ausbessern gebe, wenn ich dem Porträtisten sitze, wenn ich meinen Körper dem Messer des Arztes unterwerfe, wenn ich den Architekten mit seinen Arbeitern auf den Bauplatz, den Dekorateur in meine Wohnung lasse. Doch kann sie auch juristisch sein, wenn ich beispielsweise meinen Reisenden mit Vollmacht versehe, eine Rechnungslegung meines Mandatars anerkenne, oder wenn ich die adprobatio bei der locatio conductio operis vornehme. In allen diesen Fällen wirkt der Gläubiger zur Erfüllung mit und kommt durch Unterlassen der Mitwirkung in Annahmeverzug.

2. Diese Fälle der Verpflichtungen zu Dienstleistungen unterscheiden sich häufig von dem einfachen Falle der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung auch dadurch, daß bei ihnen die Mitwirkung des Gläubigers schon im Vorbereitungsstadium der Erfüllung (s. oben § 1, S. 1 fg.) erforderlich wird. Der Schuldner ist also nicht im Stande, bis zum „Angebot der fertigen Leistung" selbständig tätig zu sein, sondern bedarf schon, um die Leistungstätigkeit zu beginnen oder fortzusetzen, der Mitwirkung seines Gläubigers. Ja, es besteht sogar gerade bei den Verpflichtungen zu Dienstleistungen oft ein ganz besonders intimer Konnex und

---

[1]) Dernburg, Pand. I, S. 421 ff.

[2]) Matthiaß, Lehrb. II, S. 9. 1a und die dort in Anm. Citierten.

[3]) Schingnitz, a. a. O. S. 12ff.

eine ganz besonders beständige und ununterbrochene Wechselwirkung zwischen der Leistungstätigkeit des Schuldners und den Mitwirkungshandlungen des Gläubigers. So muß der Gartenbesitzer seinen Garten dem Gärtner ununterbrochen zur Verfügung stellen, der Bauherr dem Architekten beständig den Zutritt zum Bauplatz gewähren, der Fahrgast während der Fahrt beständig im Coupee, der Theaterbesucher während der Vorstellung ununterbrochen auf seinem Platze verbleiben u. s. w. Hier ist also nicht die Leistungsbewirkung die Eins und die Mitwirkng des Gläubigers die Zwei; vielmehr bilden diese beiden Faktoren ein ununterbrochen und maschinenartig ineinandergreifendes, einheitliches Ganzes. Kann der Gärtner auch nur einen Moment lang nicht den Garten, der Architekt den Bauplatz betreten u. s. w., so ist die Leistungsfähigkeit des Schuldners in diesem Augenblicke gehemmt, und der Gläubiger in Annahmeverzug geraten. Es geht also unter anderm die Gefahr auf den Gläubiger über, der Zug fährt weiter und die Oper wird zu Ende gespielt, ohne daß der zurückgebliebene Fahrgast Nachbeförderung und der am Buffet sitzende Theaterbesucher Wiederholung des versäumten Aktes verlangen dürfte.

Eine Mitwirkung des Gläubigers im Vorbereitungsstadium der Erfüllung ist ferner namentlich auch da erforderlich, wo der Leistungsinhalt noch nicht hinreichend bestimmt ist und seine Fixierung nur durch eine Tätigkeit des Gläubigers erfolgen kann. Hierher können auch Fälle bloß subjektiver Ungewißheit der Leistung gehören, wenn beispielsweise Verwendungen zu ersetzen sind, deren Höhe zwar objektiv feststeht, aber dem Schuldner erst dadurch bekannt werden kann, daß der Gläubiger eine Liquidation derselben aufsetzt.[1]) Sogar in Fällen, in denen dem Schuldner zwar die Höhe seiner Schulden bekannt sein kann, wo aber die Uebersendung einer Rechnung verkehrsüblich ist, (§ 242 B.G.B.) wird man wohl eine Mitwirkung des Gläubigers ver-

[1]) Kohler, Jahrb. S. 356.

langen und bei ihrem Ausbleiben mora creditoris eintreten lassen dürfen. So besonders, wenn der Schuldner beim Gläubiger dauernden Kredit genießt; denn schwerlich wird man von mir verlangen können, daß ich jeden Augenblik über meine Buchhändlerschulden orientirt bin, obwohl ich beim Kaufe jedes Buches den Preis genau vereinbart habe.

Weit markanter ist jedoch die Tätigkeit des Gläubigers bei Obligationen mit objektiv ungewissem Leistungsinhalt: einen Fall derselben regelt das B.G.B. in den §§ 315 ff., nämlich die „unbestimmten Leistungen," und hier ist die Mitwirkung des Gläubigers nicht selten, da die Bestimmung der Leistung bei gegenseitigen Verträgen in dubio dem Gläubiger zusteht. (§ 316 B.G.B.) Die Mitwirkung erfolgt in Form einer Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner (§ 315 Abs. 2.), die als einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft den allgemeinen Vorschriften unterliegt; widerrufen werden kann sie also nicht, was sich auch aus § 315 Abs. 3 per argumentum e contrario ergiebt.[1])

Dieselbe Art der Mitwirkung findet sich bei der Wahlschuld. Hier sind mehrere bestimmte Leistungsobjekte alternativ in obligatione, durch eine Wahl des Gläubigers erst wird bestimmt, welches derselben in solutionem zu gelangen hat;[2]) der Schuldner kann also nicht leisten, bevor der Gläubiger durch Ausübung der Wahl zur Konzentrierung des Leistungsgegenstandes mitgewirkt hat. Auch hier erfolgt diese Mitwirkung als einseitige, empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem Schuldner (§ 263 Abs. 2)[3]). Obwohl nun nach B.G.B. (§ 262) das Recht der

---

[1]) Selbst die „unbillige" Bestimmung ist nach Abs. 3 nur für den Schuldner unverbindlich. Für den Gläubiger ist also sogar sie verbindlich und kann wegen ihrer Unbilligkeit nicht einseitig von ihm zurückgenommen werden. Vergl. übrigens Dernburg, Pand. II, S. 45; Entsch. d. R.O.H.G. XI, S. 247.

[2]) Bernstein § 1; Dernburg, Pand. II, S. 79.

[3]) Im gemeinen Recht war dies bestritten; vergl. Windscheid II, § 255[9], Dernburg, Pand. II, S. 82.

Wahl im Zweifel dem Schuldner zusteht, ist dennoch dieser Fall der Mitwirkung außerordentlich wichtig, weil nach meiner Meinung unter ihn auch die überaus zahlreichen Fälle des Spezifikationskaufes zu subsumieren sind (vgl. oben S. 22 und § 375 H.G.B.), die sich neuerdings sehr häufig im Garn-, Holz-, Tuch- und vor allem im Eisenhandel finden.[1]) Es wird bei diesem Geschäfte Eisen in einer oder mehreren Sorten (sogenannter „einfacher" oder „komplizierter" Fall) zu einem einheitlichen oder nach den verschiedenen Sorten verschiedenem „Grundpreise" verkauft, indem gleichzeitig der Käufer das Recht erhält, sich das Eisen in einer von mehreren verschiedenen Formen liefern zu lassen, deren „Überpreis" — die Formung wird nämlich besonders bezahlt — sich nach der gewählten Form auf Grund einer vereinbarten oder feststehenden Überpreisskala bestimmt. Der Käufer kann also nicht formen und folglich nicht liefern, bevor der Käufer durch Vollziehung der Spezifikation mitgewirkt hat.

Die Konstruktion dieser Geschäfte als Alternativobligationen wird nun allerdings energisch bestritten; es ist daher mit Rücksicht auf die schon oben (S. 22) betonte Bedeutung, welche diese Frage trotz der nunmehrigen Regelung des Spezifikationsverzugs als mora debitoris im § 375 H.G.B. für den Fall behält, daß die Spezifizierung ohne Verschulden des Gläubigers unterbleibt und letzterer also nur in Annahmeverzug gerät, hier der Ort, ihr einige Zeilen zu widmen.

Wir sehen zunächst von einer neuerdings ziemlich allgemein bekämpften Auffassung ab, nach der die einfachen Fälle in einen Hauptvertrag — Kauf der Eisensorte — und einen Nebenvertrag über die Formgebung zerfallen sollen,[2]) während in den kompli-

---

[1]) In geringem Maßstabe auch in anderen Handelsbranchen, z. B. Papier-, Zucker-, Salzsäurehandel; vergl. Weber, zur Lehre vom Spezifikationskauf, Inaug.-Diss. S. 9; Oertmann, der Kauf mit Vorbehalt der Spezifikation, S. 203.

[2]) So das bekannte Urteil des R.O.H.G. XVI, Nr. 59 S. 205; dagegen R.G. X, S. 97.

zierten Fällen eine Mehrheit von bedingten Kaufgeschäften fingiert wird, bei denen sich durch die Bestimmung des Käufers erst entscheidet, welcher in Kraft treten solle,[1]) wodurch das zuerst abgeschlossene Geschäft zum pactum de contrahendo herabsinkt.[2]) Für die einfachen Fälle hat man[3]) hiergegen mit Recht auf Inst. de loc. et cond. 3,24 hingewiesen, wo bei einem ähnlichen Falle — si cum aurifice Titio convenerit ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem — ebenfalls die Frage debattiert wird, ob Kauf und nebenher Werkvertrag anzunehmen sei, und schließlich entschieden wird: „placuit tantum emptionem et venditionem contrahi.“ Häufig ist auch der Gesamtpreis von Anfang an in seinem ganzen Umfange genau bestimmt, es kann also die Zerlegung in Grund- und Überpreis hier nur eine rechnungsmäßige, unmöglich eine juristische Bedeutung haben.[4]) Für die komplizierten Fälle aber liegt ein pactum de contrahendo sicherlich nicht in der Absicht der Parteien, denn diese wollen einen Kauf abschließen und nicht erst ein pactum de contrahendo rücksichtlich eines zukünftigen Kaufes eingehen.[5]) — Es bleiben bei Ablehnung dieser Ansicht nur zwei Eventualitäten: Alternativobligation[6]) oder Genuskauf mit einem Bestimmungsrecht des Käufers über den Leistungs-

---

[1]) R.O.H.G. XVIII, Nr. 10 S. 49.

[2]) Römer, Abh. aus d. röm. Recht, Nr. 4 S. 134 ff.

[3]) Weber a. a. O. S. 35; cf. auch l. 2 § 1 D. 19,2.

[4]) Oertmann a. a. O. S. 213; Weber a. a. O. S. 35. Mit Recht fragt Oertmann nach der rechtlichen Natur dieses Nebenvertrages: ob er etwa locatio conductio operis, Mandat, Innomiatkontrakt sei? Es liegt ein perfekter Kauf vor. Preis und Ware sind hinreichend bestimmt. R.G. 14, S. 244.

[5]) Oertmann, S. 214. 215. Gegen diese Construktion auch Weber S. 36, R.G. XXX, S. 100.

[6]) Hierfür besonders Hirsch S. 161 ff., Kohler, Jahrb. S. 359 und bedingt Römer S. 133. Vergl. Windscheid, Pand. II § 255[15].

inhalt nach verschiedenen Richtungen hin.[1]) Unzweifelhaft gesichert scheint mir zum mindesten die Konstruktion der „komplizierten" Fälle als Alternativobligationen; denn hier stehen, ganz abgesehen von den verschiedenen Formen, verschiedene Warensorten dem Käufer zu Gebote, zwischen denen als verschiedenen Leistungsobjekten ihm die Wahl freisteht. Man hat dagegen eingewandt, der Preis der verschiedenen Sorten sei häufig ganz identisch, auch sei es dem Verkäufer oft recht gleichgültig, welche Sorte er liefern solle.[2]) Aber die Identität des Preises beweist doch nichts gegen die Verschiedenheit der geschuldeten Leistungsobjekte, und das mehr oder minder große Interesse des Schuldners an der Wahl des einen oder des anderen Objekts durch den Gläubiger wäre ein ganz neues Charakteristikum der Alternativobligationen. Diese verschiedenen, in obligatione befindlichen Warensorten sind allerdings in den einfachen Fällen nicht zu finden. Hier seien, folgerte man daher, nicht verschiedene, körperlich trennbare Objekte alternativ in obligatione z. B. der Hengst Castor oder die Stute Bellona, aut Stichus aut decem, — verkauft sei vielmehr stets eine Waarensorte als einheitliches, grundlegendes Obligationsobjekt, und diese könne nur in verschiedenen Formen geliefert werden.[3]) Man kann nun darüber streiten, inwieweit die einzelnen Möglichkeiten von einander abweichen müssen, um als eigenartige Leistungen zu gelten. Die Römer dachten hierüber jedenfalls sehr subtil. Ihnen war sogar schon die Verpflichtung zur Leistung desselben Gegenstandes Ephesi aut Capuae eine obligatio alternativa, wie ganz klar aus der l. 2 § 3 D. de eo quod. certo loco 13,4 hervorgeht. Es steht demnach nichts im Wege,

---

[1]) So vor allem Oertmann a. a. O. S. 208 u. in seinem Kommentar S. 51 oben; Weber S. 29 ff. — Vergl. auch Dernburg, Lehrb. des bürgerl. Rechts II, S. 152. Endemann, Lehrb. I, S. 708, R.G. XXX, 29, R.O H.G. XV, 45.

[2]) Oertmann, der Kauf 2c. S. 214 ff. Schingnitz S. 9 ff.

[3]) Oertmann a. a. O. S. 211 ff., dagegen Hirsch S. 161. Wie Oertmann u. a. Schingnitz a. a. O. S. 10.

auch bei Einheit des Leistungsstoffes und ausschließlicher Verschiedenheit der Erfüllungsmodalitäten „in Bezug auf Form, Maß und ähnliche Verhältnisse“ Wahlschuld anzunehmen.[1]) Entscheidend scheint mir schließlich auch, daß beim Spezifikationskauf fast stets nur eine feste Anzahl gewisser von vornherein genau fixierbarer Leistungsalternativen möglich ist, z. B. bei 50 Ctr. Eisen der Sorte A oder B in den Formen 1 oder 2 oder 3 die sechs Möglichkeiten:

50 A 1 oder 50 A 2 oder 50 A 3
50 B 1 oder 50 B 2 oder 50 B 3,[2])

zwischen denen der Käufer ein willkürliches Wahlrecht hat. Unter diesen Umständen kann man nicht von einem unbestimmten Leistungsinhalt (im Sinne des § 315 B.G.B.) reden, ein solcher ist nur da anzunehmen, wo die Zahl der verschiedenen Möglichkeiten von vornherein gar nicht bestimmt werden kann und nur durch die Grenze der „Billigkeit“ beschränkt wird, so z. B., wenn mein Schuster den Preis der gelieferten Stiefel auf 15 Mark oder 15,50 Mark oder 14,25 Mark oder 13 Mark fixieren kann, wobei ihm eine ungemessene Fülle von Eventualitäten offen steht. — Schließlich wird man sich, wenigstens für das neue Recht, darauf berufen können, daß auch der § 375 H.G.B. offenbar auf dem Standpunkte der Wahlschuld steht, indem er, wenn auch unter dem Gesichtspunkte der mora solvendi, die vom B.G.B. § 264² für die „Wahlschuld“ normierte Wirkung des Überganges des Wahlrechts unter ähnlichen Modalitäten wie im B.G.B. und nicht die in § 315 B.G.B. bestimmten Folgen eintreten läßt.

Unter dem Gesichtspunkte des Annahmeverzuges folgt daher der Spezifikationskauf den Vorschriften des B.G.B. über die mora creditoris bei der Wahlschuld, also dem § 264 Abs. 2, welcher — wenigstens soweit der Übergang des Spezifikationsrechts auf den Schuldner in Frage kommt[3]) — im wesentlichen die

---

[1]) Auch nach R.G. X S. 97 ff. ist nicht allein der Stoff, sondern auch die Form für die Eigenart der Leistung von Bedeutung.

[2]) Dies ist nur selten anders. Vergl. Weber S. 33.

[3]) Dagegen können Schadenersatzforderungen nur auf Grund von § 375

gleichen Wirkungen ergiebt wie § 375 H.G.B., nämlich den Übergang des Spezifikationsrechts auf den Schuldner nach angemessener Frist.[1])

3. Hiermit sind die Fälle der Notwendigkeit einer Mitwirkung des Gläubigers erschöpft. Aus Billigkeitsrücksichten erblickt das Gesetz aber bei einer Verpflichtung des Gläubigers zu Gegenleistungen auch in dem Angebot dieser Gegenleistung eine Mitwirkung des Gläubigers zur Erfüllung. Zwar ist klar, daß der Schuldner auch ohne Gegenangebot seiner Leistungspflicht genügen kann, aber es wäre unbillig, ihm dies zuzumuten. Die Quellen erkannten dies ausdrückkich für den Fall an, daß der Käufer nur gegen eine Sicherheitsstellung des Verkäufers wegen Eviktion zu leisten verpflichtet war, wenn der Verkäufer die Kautionsleistung verzögerte.[2]) Die gemeinrechtliche Theorie und und Praxis hat aber mit Recht die aus dieser Entscheidung resultierende Norm auf alle synallagmatische Kontrakte, sowie auf das Retentionsrecht ausgedehnt, und das B.G.B. krönt diese Entwikelung im § 298.[3]) Auch diese Bestimmung umfaßt

---

B.G.B. geltend gemacht werden, während der Annahmeverzug den Gläubiger nur zum Ersatz einzelner Mehraufwendungen verpflichtet. (§ 304 B.G.B.)

[1]) Nach den Regeln des Annahmeverzuges (§ 264²) geht das Spezifikationsrecht erst nach Setzung und fruchtlosem Ablaufe einer angemessenen Frist über, während nach § 375 H G.B. der Übergang zwar unmittelbar mit dem Verzuge erfolgt, die getroffene Bestimmung aber erst nach Ablauf einer dem Gläubiger gesetzten angemessenen Frist bindend wird. Die nach § 375 H.G.B dem Schuldner zustehende Klage auf Spezifikation führt in der Vollstreckungsinstanz nach § 887 C.P.O. schließlich auch nur zu einem Übergange der Spezifikation auf den, vom Richter zu ihrer Vornahme ermächtigten Schuldner, wobei noch häufig fraglich sein dürfte, ob die Spezifikation nicht als eine „ausschließlich von dem Willen des Schuldners" abhängige Handlung anzusehen ist, und daher bei beharrlicher Weigerung des letzteren gemäß § 888 C P.O. eine Rechtsverwirklichung überhaupt nicht durchzusetzen ist. (cf. Oertmann im Arch. f. d. civil. Pr. Bd. 87 S. 221 ff.)

[2]) l. 10 § 1 a. E. D. de resc. vend. 18,5.

[3]) „Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die an-

bei ihrer allgemein gehaltenen Ausdrucksweise den gegenseitigen Vertrag und das Zurückbehaltungsrecht. Mit Rücksicht auf letzteres hat der Gläubiger, um nicht in Verzug zu geraten, u. a. anzubieten die Quittung (§ 368), den Schuldschein (§ 371, siehe auch § 795 für Inhaberpapiere), die cessio actionum an den zum Schadenersatz verpflichteteten Schuldner (§ 255), unter Umständen auch Impensenersatz (§§ 601, 670, 693, 994, 1049). Mit Recht ist darauf hingewiesen worden,[1]) daß das Gesetz keine ausdrückliche Verweigerung der Gegenleistung seitens des Gläubigers erfordert. Faktisch wird es aber meist hierauf hinauskommen, da nach § 298 erforderlich ist, daß der Schuldner die Gegenleistung „verlangt" habe und diesem Verlangen gewöhnlich eine Absage entsprechen wird. „Verlangen" ist übrigens mit „Mahnung" bei mora debendi nicht identisch. Der Schuldner wird daher auch in denjenigen Fällen „verlangen" müssen, in welchen die „Mahnung" durch den Satz: dies interpellat pro homine ersetzt werden würde. Das Anbieten durch den Gläubiger hat natürlich nach den allgemeinen Regeln über Oblation zu erfolgen;[2]) verzögert der Gläubiger die Gegenleistung kulpos oder dolos, so kommt er zugleich in den „Verzug des Schuldners."

§ 5.

b. Verschulden des Gläubigers?

1. Gemeinrechtlich bildete den Hauptstreitpunkt der Annahmeverzugslehre die Frage, ob zum Verzuge des Gläubigers ein Verschulden des letzteren erforderlich sei, d. h. ob schon die bloße, nackte Tatsache des Ausbleibens der gläuberischen Mitwirkung ausreiche, um den Gläubiger in Verzug zu setzen, oder ob es

---

gebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet."

[1]) Motive II. S. 73, Oertmann, Komm. § 298. Anm. 2, Munk S. 53.

[2]) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts I, S. 624 Anm. 11; Planck, Kommentar, Anm. 2 zu § 298; Munk a. a. O. S. 53.

vielmehr notwendig sei, daß die Mitwirkung des Gläubigers schuldhafter Weise unterbleibe. Die ältere gemeinrechtliche Litteratur hatte diese Frage stets ohne eingehende Spezialuntersuchung, einfach in Analogie mit der Beantwortung derselben Frage beim Schuldnerverzuge, für beide Verzugsarten bald im Sinne der Notwendigkeit des Verschuldens, bald im entgegengesetzten Sinne entschieden;[1]) das konnte natürlich zu einem brauchbaren Resultate nicht führen, da, wie wir wissen, eine innere Zusammengehörigkeit der mora solvendi und accipiendi nicht besteht. Schilling[2]) war, soweit ich sehe, der erste, der auf Grund dieser Erkenntnis die Verschuldensfrage auch für den Annahmeverzug in selbstständiger Weise behandelte. Er hat dabei die Notwendigkeit einer culpa creditoris mit Recht in Abrede gestellt; sein Quellenargument für diese Ansicht war die l. 18 pr. D. de const. pec. 13,5, noch bis zum heutigen Tage die Hauptstütze der „objektiven Theorie."

Ulpianus libro vincesimo septimo ad edictum: item illa verba praetoris „neque per actorem stetisse" eandem recipiunt dubitationem. Et Pomponius dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non steterit, ante stetit vel postea. Et puto et haec ad diem consituti referenda. Proinde si valetudine, impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere Pomponius scribit.

Es scheint ganz unleugbar, daß diese Stelle die mora actoris beim constitutum debiti auch dann eintreten läßt, wenn der Gläubiger sich im Falle einer Erkrankung oder einer

[1]) Für mora debendi und accipiendi bejahend: Donellus, tractatus de mora, cap. 2; Cujacius, quaest. Papin. lib. X ad. l. 17 D. de condict. furt.; Salicetus, tractatus de mora und Saporta tractatus morae beide bei v. Madai, S. 5, Anm. 13 u. 16. — Für beide verneinend: Glück, Erl. der Pand. VIII, S. 426; Schömann, Lehre vom Schadensersatz II, S. 12 ff. (bei Glück); Mackeldai, Lehrb. d. heut. röm. Rechts S. 345.

[2]) Schilling in seiner Recension von v. Madai's Lehre von der mora in Richter's „kritischen Jahrb." II, S. 221 ff.

Verhinderung infolge vis oder tempestas nicht zur rechten Zeit am Zahlungsorte einfindet, d. h. also, auch wenn er unverschuldeter Weise ausbleibt.[1]) Von einer derartigen Deutung der Stelle will Schey jedoch nichts wissen. Es kann sich seines Erachtens in ihr überhaupt nicht um mora handeln, da das constitutum debiti das Versprechen der Zahlung an einem ganz bestimmten Tage enthalte, da seine Erfüllung an einem anderen Tage unzulässig sei und eine Zurückweisung der Leistung durch den Gläubiger daher keine Verzögerung der Erfüllung — mora, — sondern ein völliges Unmöglichwerden der Leistung bedeute; dementsprechend habe auch die Ediktsformel des constitutum,[2]) weit hinausgehend über die sonstigen Wirkungen der mora, für diesen Fall Verlust der Klage verfügt. Indessen ist in diesem Angriff Schey's, der zwar zweifellos richtig ist, insoweit er die fixgeschäftartige Natur des römischen constitutum konstatiert,[3]) unbewiesene Voraussetzung, daß bei Fixgeschäften mora im technischen Sinne undenkbar sei.[4]) Die Römer selbst waren speziell beim constitutum dieser Ansicht jedenfalls nicht, wie m. E. aus der l. 14 § 2 D. eodem 13,5 hervorgeht, in welcher bei der Erfüllung eines Konstituts „mora intervenit.“ Es macht keinen Unterschied, daß es sich in der l. 14 cit. um mora debitoris handelt; auch diese wäre nach Schey beim Fixgeschäft undenkbar, da sie ebenfalls die Leistung nicht verzögern, sondern glatt vereiteln würde. Jedoch auch im Prinzip ist Schey's Ansicht falsch: die besonders energische Wirkung der mora accipiendi beim Fixgeschäft — Unmöglichwerden der Er-

---

[1]) Siehe auch Fritz, Erläut. II, S. 357; Holzschuher, Gem. Civilrecht III, S. 251; Schilling a. a. O. S. 221.

[2]) Frag. 16 D. dr const. pec. 13,5.

[3]) Siehe auch Bruns „das constitutum debiti“ in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte I, S. 66, 67.

[4]) Schey a. a. O. S. 76, 77; im Anschluß an ihn Hirsch, zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug, S. 225; Munk, die Voraussetzungen der mora creditoris, S. 38; Koch, die mora creditoris, S. 37.

füllung und dementsprechend Verlust der actio — ist weiter nichts als eine Folge des Übergangs der Gefahr auf den Gläubiger; nur tritt beim Fixgeschaft der casus, dessen Gefahr der Gläubiger trägt, unmittelbar mit dem Moment der mora ein, und er manifestiert sich nicht in einem äußeren Ereignisse, sondern in der inneren Natur der Obligation.[1]) — Einen weiteren Einwand gegen unsere Deutung der l. 18 cit. findet man[2]) in der scharfen Pönalsponsion, welche die Klage aus dem römischen Konstitut, die actio de pecunia constituta, nach sich zog.[3]) Diese Pönalsponsion, folgert man, ist ein besonderer, neuer Nachteil für den Schuldner, der dem an der Verzögerung unschuldigen debitor füglich nicht aufgebürdet werden kann; unschuldig ist aber der debitor jedenfalls, sobald der Grund der Verzögerung in der Person des Gläubigers liegt, auch wenn letzteren ein Verschulden nicht trifft. Die Entscheidung derartiger Fälle, in denen der Schuldner bei Verzögerung der Leistung besondere Nachteile zu gewärtigen habe, gestatte daher keinen Rückschluß auf die Voraussetzungen der mora accipiendi im allgemeinen.

Dieser Einwand erledigt sich für die lex cit. durch den Hinweis darauf, daß sich eine sponsio poenalis bei der Klage aus dem constitutum debiti des Justinianischen Rechts nicht mehr findet.[4]) Man hat aber die gleiche Erwägung auch gegenüber einigen andern Stellen geltend gemacht, welche an eine zweifellos unverschuldete Nichtannahme der Leistung seitens des Gläubigers die allgemeine Annahmeverzugswirkung knüpfen, daß

---

[1]) Dies meint auch wohl Rosenberg, S. 208. Unserer Ansicht ist offenbar auch Glossa, Summa ad l. 18 pr. D. 13,5 actor dicitur esse in mora accipiendi, si tempore debito ad locum solutionis non venierit

[2]) Mommsen, Beiträge zum Oblig.-Recht, Abt. III, S. 163, ihm beistimmend Windscheid in der Recension Mommsen's in der Heidelberger krit. Zeitschrift III, S. 268.

[3]) Gajus. Inst. IV. § 171.

[4]) Dernburg, Pand. II, § 189.

lex commissoria und Konventionalstrafe nicht verfallen. Es sind dies die leges 23. § 1. D. 4. 8., 9. § 1. D. 22, 1., 4. § 4. D. 18,3. Wir sagten: „Annahmeverzugswirkung", weil, während lex commissoria und Konventionalstrafe sonst verfallen, wenn die Leistung nicht rechtzeitig bewirkt wird, dieser Verfall nur dann nicht eintritt, wenn der Schuldner die Leistung infolge Annahmeverzugs des Gläubigers nicht zur richtigen Zeit bewirkt hat.[1]) Es kann sich also auch in den obigen Stellen nur um Annahmeverzug und zwar nach ihrem ganz zweifellosen Inhalte nur um Fälle unverschuldeten Annahmeverzugs handeln. Aber auch hier soll dieser Folgerung das Bedenken entgegenstehen, daß „besondere" Nachteile des Annahmeverzugs in Frage kämen, welche zu tragen dem unschuldigen Schuldner keinesfalls zugemutet werden dürfe.[2]) Merkwürdig ist indessen, daß die Gegner eine derartige Fürsorge für den unschuldigen Schuldner nur grade beim Annahmeverzug zeigen; außerhalb des Annahmeverzuges läßt die herrschende und richtige Meinung in dubio sowohl die lex commissoria wie die Konventionalstrafe ohne jede Rücksicht auf eine culpa debitoris verfallen, also auch dann, wenn der Schuldner an der verspäteten Erfüllung nicht die geringste Schuld trägt.[3]) Wird darauf aber entgegnet, daß unsere Stellen eine Ausnahmestellung deswegen einnehmen müssen, weil in ihnen eben Annahmeverzug vorliege, so ist das ein böser circulus vitiosus.[4])

---

[1]) Frag. 40 D. de recept. 4,8; Frag. 8 de naut. foenere 22,2; Frag. 6 pr. D. de lege comm. 18,3.

[2]) So argumentieren besonders hier Windscheid, Pand. II, § 345 Anm. 11; Ulrich, Deposition und Dereliktion, S. 13; Munk, a. a. O. S. 38.

[3]) So Windscheid, Pand. II. S. 255, 256 u. 214 Nr. 3. Siehe auch l. 77 D. de V. C. 45.

[4]) Auch Windscheid, der für die Conventionalpön selbst lehrt, daß dieselbe ohne Verschulden des Schuldners verfalle, gerät daher zunächst in Widerspruch mit sich selbst, wenn er die auch von uns aus den leg. cit. gezogene Folgerung unter dem Gesichtspunkte bekämpft, daß den unschuldigen Schuldner der besondere Nachteil der Pön nicht treffen dürfe. (Vergl. Hirsch

Überhaupt scheint es mir aber unrichtig, hier mit dem Begriffe, „besonderen“ Nachteils zu operieren. Ein besonderer Nachteil ist doch z. B. der Eintritt der Distraktionsbefugnis des Pfandgläubigers, und doch soll nach Windscheid[1]) der Eintritt dieses Rechts nicht gehemmt werden durch den Annahmeverzug, also seiner Lehre nach nicht einmal durch schuldhafte Verzögerung! Der Begriff ist auch wenig praktisch, denn sicherlich kann der aus dem Annahmeverzug für den Schuldner schon gemeinhin entspringende Nachteil, das Fortbestehen seiner obligatorischen Verpflichtung, faktisch härter und schwerer sein, als die Nachteile der Pön und der lex commissoria, wenn diese sich auch juristisch als neue und besondere darstellen.[2])

Eine weitere Hauptstelle für unsere Ansicht ist das fragm. 105 D. de V. O. 45,1., um so beweiskräftiger, als es sich in ihm um keinen irgendwie „besonders“ gearteten Fall handelt.

Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari: cum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est Dama: au putes me ex stipulatu actionem habere? respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse, nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id quod debeat solveret, continuo eum debito liberari.

---

a. a. O. S. 228, 229); und er macht dann den oben gekennzeichneten Zirkelschluß, wenn er den hierdurch gewonnenen Fall wiederum als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß die Vertragsstrafe auch den unschuldigen Schuldner treffe, darstellt Windscheid, II, § 285 Nr. 3.

[1]) Windscheid a. a. O. II, 1 346 Nr. 4.

[2]) Die Konventionalstrafe verfällt, wie schon gesagt, in dubio auch ohne culpa debitoris. Natürlich giebt es auch Fälle, in denen nach abweichender Parteiintention nur der kulpose Schuldner die Pön zu zahlen hat. Hierauf basiert noch ein Angriff Schey's, der auch in unseren Stellen eine derartige Parteivereinbarung unterstellen will. (Schey a. a. O. S. 74). Läge jedoch ein solch seltener Ausnahmefall wirklich vor (siehe über solche Fälle l. 77 D. 45,1; l. 22 pr. D. 9,2; l. 21. § 9 D. 4,8), so müßte sich in unseren Stellen irgend ein Hinweis auf diese Abweichung von der allgemeinen Regel finden, wovon aber nirgends die Rede ist.

Die Stelle behandelt eine gewöhnliche Alternativschuld, bei der durch Annahmeverzug des Gläubigers bezüglich des einen, ihm angebotenen Leistungsgegenstandes die Obligation konzentriert und die Gefahr für das spezialisierte Leistungsobjekt auf den Gläubiger übergewälzt worden ist.[1]) Entscheidend ist dabei, daß der respondierende Jurist die Voraussetzung dieser Verzugswirkungen negativ mit den Worten faßt, „si per debitorem mora non esset“, woraus folgt, daß die mora creditoris eintritt, wenn nur der Schuldner alles seinerseits zur Erfüllung Erforderliche gethan hat, ohne daß es auf den Grund der Zurückweisung der Leistung durch den Gläubiger ankommt. Der Jurist, sagen nun aber einige Autoren,[2]) wollte in dem fraglichen Satze garnicht die Voraussetzungen der mora creditoris festlegen, sondern nur konstatieren, daß die von ihm zuerst genannten Wirkungen der mora accipiendi entfallen, wenn etwa der Schuldner seinerseits wieder in mora debendi kommt. Der Jurist hätte sich, wenn dies wirklich seine Absicht gewesen wäre, einer kaum verzeihlichen Trivialität schuldig gemacht; denn eine derartige Bemerkung wäre selbstverständlich und gerade hier mehr als überflüssig gewesen, da hier nur die Frage zu beantworten war, was bei mora creditoris Rechtens sei.[3]) Aber auch das „si non“ des fraglichen Satzes widerspricht dieser Auffassung, da die Römer dort, wo sie eine aufgestellte Behauptung mittels eines Konditionalsatzes einschränken wollen — nach der Gegenansicht wäre dies hier der Fall, — mit Vorliebe „nisi“ (= außer wenn) und nicht „si non“ (= wenn nicht) schreiben.

Diese Stellen genügen m. E., um aus ihnen einen festen Schluß auf die Auffassung der römischen Quellen zu gestatten. Wir können daher auf die etwas schwache Folgerung aus der

---

[1]) Vergl. Bernstein, zur Lehre vom alternativen Willen, S. 49 ff.

[2]) Schey, a. a O. S. 72 ff.; Hirsch a. a. O. S. 226 ff.: Munk a. a. O. S. 37; Koch a. a. O. S. 38.

[3]) Auch Schey a. a. O. scheint dies zu fühlen, indem er von einer „Pedanterie“ des Juristen spricht.

l. 3. § 4 D. de. A. E. 19,1 verzichten, die Hirsch, Fritz und Rosenberg für besonders beweiskräftig halten[1]). Es ist ja richtig, daß dieses Fragment das Erfordernis einer culpa creditoris bei Aufzählung der Voraussetzungen des Abnahmeverzugs nicht erwähnt. Aber dies könnte einen sichern Schluß nur dann gestatten, wenn in der l. 3. cit. die mora creditoris wirklich „ex professo definiert" werden sollte; und das ist schwerlich der Fall, da die Stelle auch das Erfordernis der Oblation nicht deutlich berücksichtigt.[2])

Von den Quellenzeugnissen, welche die gegnerische Absicht für sich geltend macht, kommt ernsthaft eigentlich nur das fragm. 37 D. mand. 17,1[3]) in Betracht, welches den Gläubiger- und Schuldnerverzug zusammenstellt und beide als frustratio bezeichnet. Daraus, daß nun frustratio von den Quellen stets im Sinne von „schuldhafter" Verzögerung gebraucht wird, hat man geschlossen, daß die mora accipiendi stets eine Verschuldung des Gläubigers voraussetze.[4]) Aber abgesehen von der Mißlichkeit eines derart weittragenden Schlusses aus einer so hingeworfenen Bemerkung,[5]) erbringt diese Parallelisierung doch nur den Beweis, daß Africanus hier einen konkreten Fall von mora creditoris im Auge hatte, bei dem auch ein Verschulden des Gläubigers vorlag,[6]) — solche Fälle sind doch auch sehr häufig, — gestattet

---

[1]) Siehe Hirsch a. a. O. S. 229. Fritz a. a. O. S. 357 Anm. 479. Rosenberg, S. 206 ff., aber auch Schilling a. a. O. S. 223.

[2]) Gegen diese Stelle auch Munk a. a. O. S. 36.

[3]) .... nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

[4]) So Dernburg, Pand. II, S. 120 Anm. 10. Schey a. a. O. S. 80. Munk a. a. O. S. 41. Koch a. a. O. S. 41. Vergl. auch Donellus, tract. de mora Nr. 83. Cujacius, tract. ad. Africanum VIII ad. l. 37 D. mand.

[5]) Kohler, Archiv f. bürg. Recht XIII, S. 151. Kohler, Ihering's Jahrb. XVII, S. 412.

[6]) Hirsch a. a. O. S. 323, 324.

aber nicht den zwingenden Schluß, daß mora creditoris nie ohne derartiges Verschulden entstehen könne.

Belanglos ist auch die l. 72 pr. D. de solut. 46,3 auf die Dernburg[1]) sich besonders stützt. Das „sine justa causa recusare“ dieser Stelle bezieht sich mindestens eben so gut, ja besser auf die, eines objektiven Rechtsgrundes entbehrende Zurückweisung der Leistung — objektiver Rechtsgrund wäre z. B. unvollständige Oblation, — als auf die subjektiv zurechenbare, und sie wird im ersteren Sinne sogar von den meisten Meinungsgenossen Dernburg's interpretiert.[2])

Ein beliebtes Argument der subjektiven Theorie war auch der terminus technicus, mit dem die Römer häufig den Verzug bezeichnen, „si per actorem stat“ oder „si per creditorem stat“,[3]) der notwendig ein subjektives Moment enthalten sollte.[4]) Er findet sich aber auch in anderem Sinne, und zwar in der l. 16. D. de pec. const. 13,5 in Beziehung auf ein constitutum debiti, und wir wissen ja gerade für die mora beim Konstitut, daß bei ihr ein subjektives Element zweifellos nicht in Betracht kam. — Eher gegen als für die Verschuldenstheorie sprechen, allerdings nur per analogiam, zwei Fragmente, auf die Ulrich[5]) sich stützt, denn sie knüpfen gerade an die Nichtan-

---

[1]) Dernburg, Pand. II, S. 120.

[2]) Mit Dernburg geht auch hier nur Munk a. a. O. S. 40. dagegen Mommsen a. a. O. III, S. 163. Schey a. a. O. S. 18.

[3]) Vergl. Donellus, opera omnia X, S. 1458, Nr. 102, der diese Stelle folgendermaßen erklärt: ita creditor moram facere in accipiendo intellegitur is solum, qui quod opportuno loco et tempore offertur, recusat accipere. Eine Spezialuntersuchung hierüber enthält § 2 der Abhandlung von Waldberg, die mora debitoris in ihrer Beziehung zur culpa.

[4]) So besonders v. Madai a. a. O. S. 9. Vangerow, Pand. III, S. 185. Häufig ist dies allerdings der Fall, vergl. l. 15 pr., l. 23 § 1 D. 38.1 u. l. 1 § 13. D. 50, 13; Gegner dieses Arguments sind auch Schey a. a. O. S. 78. Wolff, zur Lehre von der mora, S. 254. Goose, zur Lehre vom casus, in d. Jahrb. f. Dogm. IX, S. 320. Koch a. a. O. S. 41. Auch Mommsen, S. 70[3],

[5]) Ulrich a. a. O. S. 15 ff.

nahme infolge unverschuldeter Abwesenheit des Gläubigers — ex justa causa, rei publicae causa — die bedeutendste Wirkung des Annahmeverzuges, das Recht zur Deposition.[1]) — Ganz unverständlich ist mir endlich, was Schey[2]) mit der l. 56 pr. D. de jure dot. 23,3 beweisen will. Soll etwa aus der bloßen Nebeneinanderstellung des Schuldner- und des Gläubigerverzuges, die noch dazu unter abweichenden Beziehungen erfolgt, ein zwingender Schluß zulässig sein, wie Koch anzunehmen scheint?[3])

Selbst Anhänger der Verschuldenstheorie haben es für verfehlt erachtet, in den Quellen eine positive und ausdrückliche Anerkennung der Notwendigkeit des Verschuldens zu finden. Die Quellen, meint Windscheid vielmehr, gewähren ein zweifelfreies Resultat nicht. Daher müsse als entscheidend angesehen werden, daß der Verzug für den Gläubiger Nachteile zur Folge habe, und Nachteile, wo nicht eine unzweifelhafte gesetzliche Bestimmung das Gegenteil verordnet, nicht einen Unschuldigen auferlegt werden dürften.[4]) Diese Erwägung ist abgesehen davon, daß wir aus den Quellen den Nachweis einer derartigen Gesetzesnorm für erbracht halten, gerade für die mora creditoris zweischneidig. Jeder der beiden Beteiligten könnte sich auf sie stützen; denn bei der mora creditoris „sind die Verhältnisse korrespondent," und den Nachteil, den man dem unschuldigen Gläubiger abnehmen will, muß man dem unschuldigen Schuldner zuwälzen.[5]) Eben so gut

[1]) Es sind dies die leg. 47 § 2 D. 40,5 u. 4 pr. D. 40,7. Im Falle doloser Abwesenheit geht die erste der beiden Stellen sogar weit über die gewöhnlichen Verzugswirkungen hinaus; doch erklärt sich das daraus, daß hier die Leistung zugleich Gegenstand einer Bedingung ist und die dolose Nichtannahme daher unter die regula juris: quotiens per eum, cujus interest condicionem non impleri etc. fällt. Anders allerdings Ulrich, S. 15; gegen diese Stellen Hirsch, S. 220 ff.; Munk S. 39. Sehr kritisch auch Schey, S. 78 Anm. 3.

[2]) Schey a. a. O. S. 80, nach ihm Koch a. a. O. S. 41.

[3]) Koch a. a. O.

[4]) Windscheid, Pand. II, § 345 Nr. 3.

[5]) Kohler in den Jahrb. für Dogm. XVII, S. 410, vor ihm schon Goose, daselbst IX, S. 320.

könnten sich umgekehrt beide Teile auch auf den Satz: casus a nullo praestantur berufen.[1]) Munk[2]) will dies allerdings nicht zugeben. Der Schuldner, meint er, sei in erster Linie dazu prädestiniert, die durch eine vom Kreditor unverschuldete Nichtannahme entstehenden Schäden zu tragen; denn er bleibe ja noch immer im Obligationsnexus, er sei noch immer der zur Leistung Verpflichtete, und die aus der Obligation entspringenden Nachteile hafteten daher ipso jure auf ihm, — bis er nachweise, daß den Gläubiger die Schuld trifft. Aber das ist irrig; denn gerade die Tatsache, daß der Schuldner bei unverschuldeter Nichtannahme noch weiter im straffen Obligationsnexus bleiben soll, ist ja eben in erster Reihe der ihn treffende Nachteil. Munk verwechselt also die Wirkung mit der Ursache.

Die Quellen haben eine culpa creditoris beim Unterlassen der gläubigerischen Mitwirkung als Voraussetzung des Annahmeverzuges nicht verlangt und nicht verlangen können, weil die Grundlage eines derartigen Verschuldens fehlt, weil der Gläubiger, wie schon des näheren auseinandergesetzt worden ist, zur Mitwirkung nicht verpflichtet ist. „Verschulden" aber ist nicht anders möglich denn als Verletzung einer Verpflichtung. Niemand kann schuldhaft handeln, sofern für ihn nicht eine konkrete Pflicht, anders zu handeln, besteht.[3]) Rosenberg[4]) stellt das neuerdings in Abrede. Man dürfe, meint er, nicht davon ausgehen, „Verschulden sei Verletzung eines subjektiven Rechts, sei Pflichtverletzung." Ebenso wie eine Verpflichtung ohne Verschulden verletzt werden könne, könne vielmehr auch die Rechtsordnung ein Verschulden ohne Pflichtverletzung und daher auch ein Verschulden des Gläubigers beim Annahmeverzuge ohne Annahmepflicht konstruieren. Beispiel

---

[1]) Goose a. a. O.

[2]) Munk a. a. O. S. 41 ff.

[3]) So schon Schilling a. a. O. S. 221. Fritz a. a. O. S. 359. Sintenis, Gem. Civilrecht II, S. 197 Anm. 50 und neuerdings besonders Kohler in Jahrb. f. Dogm. u. im Arch. f. bürg. Recht a a. O. Hirsch S. 216.

[4]) Rosenberg S. 204.

eines solchen Verschuldens ohne Pflichtverletzung sei § 1299 B.G.B., nach welche mein Verlobter, welcher dem anderen gewichtige Veranlassung zum Rücktritt gebe, nur im Falle eines Verschuldens schadenersatzpflichtig sei, obwohl doch § 1297 die Verpflichtung zur Eingehung der Ehe aus dem Verlöbnisse ausdrücklich negiere.

Dieser Einwand beruht auf einer irrigen Ansicht. Zwar das ist unbestreitbar, daß nicht jedes Verschulden Verletzung eines subjektiven Rechts zu sein braucht, denn es giebt subjektive Rechte, denen keine Verpflichtung eines Dritten korrespondiert. Und auch die Möglichkeit einer Pflichtverletzung ohne Verschulden, — seit Jhering nennt man das „objektives Unrecht“ [1]) — kann nicht in Frage gestellt werden. Aber welche Brücke der Logik führt von diesen Tatsachen zu der Behauptung, daß Schuld anders denkbar sei als durch Pflichtverletzung? Sei diese Pflicht nun eine kontraktliche oder eine gesetzliche, eine ganz konkrete Obligation oder eine allgemeine Rechtspflicht, sei sie nun ausdrücklich normiert oder nur versteckt und indirekt im Gesetze angedeutet, — ohne die Verletzung einer Pflicht, welche anders zu handeln gebietet als gehandelt worden ist, ist der Begriff des Verschuldens geradezu undenkbar. Auch in § 1299 B.G.B. besteht eine derartige Pflicht: Zwar nicht die Verpflichtung zur Eingehung der Ehe, die § 1297 ausschließt; aber ist denn dies die einzig denkbare Pflicht aus dem Verlöbnisse? [2]) Im § 1299 handelt es sich um die Verpflichtung, sich als Verlobter so zu führen, daß man dem andern Verlobten keinen wichtigen Grund zum Rücktritt giebt. Diese Verpflichtung normiert § 1299 selbst indirekt dadurch, daß er die Folgen ihrer schuldhaften Verletzung direkt regelt, ebenso wie das Strafgesetzbuch durch die Bestrafung des Mordes oder des Diebstahls indirekt gleichzeitig die Verpflichtung, nicht zu morden und nicht

---

[1]) Dernburg, Pand. I, S. 200, 201.

[2]) Eine weitere Pflicht aus dem Verlöbnisse regelt z. B. § 1298, nämlich die für jeden Verlobten bestehende Pflicht, ohne wichtigen Grund selbst nicht vom Verlöbnisse zurückzutreten.

zu stehlen, anerkennt, oder wie das B.G.B. durch die Schadensersatzpflicht, die es an das Verbot der Schädigung contra bonos mores knüpft (§ 826), zugleich das Rechtsgebot und die Rechtspflicht ausspricht, niemanden in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zu schädigen. Überall, wo das Gesetz ein Verschulden kennt, da, kann man sagen, normiert es zugleich implicite, notwendiger Weise eine entsprechend entgegengesetzte Pflicht, sofern diese Pflicht nicht schon in einer anderweitigen positiven Bestimmung ihre Grundlage findet. Zuweilen liegt auch diese Pflicht viel versteckter als im § 1297. Man vergleiche nur § 254 B.G.B., den Fall der sogenannten Kulpakompensation, welcher mit den Worten beginnt: „Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt" ... u. s. w. Diese Bestimmung mutet noch merkwürdiger an: denn scheinbar spricht hier das Gesetz von einer Schuld dessen, der sich selbst Schaden zufügt, obwohl doch eine Pflicht, sich nicht zu schädigen, sicherlich nicht existiert. Wohl aber besteht für jeden Beschädigten die Verpflichtung, die Schadensersatzpflicht seines Schädigers nicht dadurch umfangreicher und drückender zu machen, daß man den eigenen Schaden vergrößert, und diese Pflicht normiert eben § 294 B.G.B. dadurch indirekt, daß er die Wirkungen ihrer schuldhaften Übertretung direkt regelt. „Schuld", sagt Endemann treffend, „ist ein abgeleiteter, für sich primär überhaupt nicht bestimmbarer Begriff. Gesicherte Grundlage wird erst durch Feststellung der konkreten Pflicht erworben."[1]) Da eine allgemeine Verpflichtung für den Gläubiger, zur Erfüllung mitzuwirken, aber zweifelsohne nicht besteht, kann von einer Verletzung der Mitwirkungspflicht und somit auch von einem Verschulden beim Annahmeverzug keine Rede sein.

Eine ganz eigenartige, von den beiden bisher erörterten Standpunkten abweichende Ansicht vertritt noch Mommsen: nach ihm soll zum Gläubigerverzuge zwar nicht culpa creditoris,

---

[1]) Endemann, Bürgerl. Recht [7], I, S. 580.

wohl aber eine willkürliche Zurückweisung der angebotenen Leistung durch den Gläubiger erforderlich sein. Man hat diese Ansicht nicht ganz richtig eine vermittelnde genannt: sie schwächt allerdings die Kulpatheorie insofern ab, als nach ihr z. B. auch bei entschuldbarem Irrtum des Gläubigers über die Vollständigkeit der Oblation oder die Existenz des Schuldverhältnisses mora accipiendi eintreten würde, da trotz des Irrtums die Zurückweisung der Leistung willkürlich erfolgt; sie geht aber über die Kulpatheorie dort hinaus, wo der Gläubiger etwa in Folge fahrlässiger Vorbereitung der zur Abnahme notwendigen Zurüstungen die Leistung nicht annehmen kann, wenn er es auch gern will. Mommsen's Ansicht ist jedoch ohne quellenmäßige Grundlage: es ist zwar richtig, daß die Quellen sehr häufig den Fall willkürlicher Zurückweisung erwähnen, — si accipere noluit,[1]) si accipere recusavit;[2]) aber wir haben selbst schon Fragmente besprochen, in denen dies nicht der Fall ist, z. B. l. 18. pr. D. 13,5. Daß mit der Mommsen'schen „Willkür" ein Mittelding zwischen culpa und casus geschaffen wäre, für welches das römische Recht keine Analogie bietet,[3]) spricht auch nicht gerade für sie. Und wir können um so ruhiger über sie hinweggehen, als Mommsen selbst zugiebt, daß seine Theorie in den Quellen eine Stütze nicht findet.[4])

2. Der objektiven Theorie hat sich nunmehr auch das B.G.B. angeschlossen, indem es die Voraussetzungen des Gläu-

[1]) Vergl. l. 7 D. de usur. 22, 1; l. 26 D. sol. mat. 24, 3; l. 73 § 2 D. de V.O. 45, 1; l. 72 pr. D. de sol. 46, 3.

[2]) l. 72 pr. D. 46, 3; Nov. 91, cap. 2.

[3]) Siehe Schey a. a. O. S. 22; vergl. auch l. 11 § 2, D. 48, 19 l. 5, D. 9, 2; l. 61, D. 26, 7.

[4]) Mommsen, S. 161 ff. Wie Mommsen nur Heimbach in Weiskes Rechtslexikon XII, S. 840 ff. Eine Andeutung dieser Theorie findet sich übrigens schon bei Madai S. 259: „Der Gläubiger muß also auch haben wollen können, d. h das Nichtwollen muß ihm als Schuld zur Last gelegt werden können." Gegen Mommsen u. a. Schey S. 21, Munk S. 42, Koch S. 42.

digerverzuges im § 293 ohne Erwähnung des Erfordernisses einer culpa creditoris erschöpfend erledigt, und die Motive[1]) bestätigen diese Auffassung mit den Worten: „Es genügt die nackte Tatsache der Nichtannahme der angebotenen Leistung seitens des Gläubigers!" Der Gläubiger kommt daher in Verzug, auch wenn äußere Umstände,[2]) ja sogar, wenn höhere Gewalt ihn an der Annahme hindern; desgleichen wenn er sich in entschuldbarem Irrtum über die Vollständigkeit der Oblation, die Existenz des Forderungsrechtes befand.[3]) Mildernd kann diesem schroffen Standpunkte gegenüber § 826 B.G.B. wirken, wenn der Schuldner etwa für sein Angebot mit voller Absicht der Schikane immer gerade die Zeit aussucht, in welcher der Gläubiger, wie er positiv weiß, an der Annahme verhindert ist. Nach dem objektiven Gesichtspunkt von Treu und Glauben kann diese Zeit zwar durchaus opportuna sein. Aber ein derartiges Verhalten wird gewöhnlich „gegen die guten Sitten" verstoßen. § 826 B.G.B hält in solchen Fällen allerdings die Vorzugswirkungen nicht auf, begründet aber eine Schadenersatzpflicht des Schuldners. Die Nachteile z. B., die dem Gläubiger aus der durch den Annahmeverzug bewirkten Verringerung der Haftung des Schuldners (§ 300¹ B.G.B.) oder dem Gefahrübergang (§ 300² B.G.B.) erwachsen, wie Beschädigungen oder Untergang des Leistungsobjekts, wird der Schuldner, obwohl er sie an sich nicht zu vertreten hat, dennoch aus § 826 ersetzen müssen. § 826 bleibt sogar im Falle kulposer mora creditoris statthaft und führt hier unter Anwendung § 254 B.G.B. (Kulpakompensation) wenigstens zu einer Ermäßigung des dem Gläubiger aus dem Verzuge erwachsenen Schadens. Unanwendbar bleibt dagegen der sogenannte Schikaneparagraph (§ 226), da es sich für den Schuldner, der ja in der Regel kein Recht auf Annahme hat, bei der Oblation und den ihr

[1]) Motive II, S. 69.

[2]) Philler, Vorles. über d. B.G.B. S. 79; Endemann, Lehrb. d. bürg. Rechts II, S. 263.

[3]) Cosack, Lehrb. d. bürg. Rechts I, S. 347.

gleichgestellten Akten nicht um eine Rechtsausübung handeln kann, wie sie die citierte Vorschrift voraussetzt.

Die zweite Kommission hielt noch eine positive Abschwächung des objektiven Standpunktes in denjenigen Fällen für nötig, in denen der Schuldner während eines längeren Zeitraums zur Leistung berechtigt ist, nämlich bei vollkommen unfixierter oder oder nur im Interesse des Schuldners fixierter Leistungszeit.[1]) Der Gläubiger wäre hier gezwungen, während dieser ganzen Zeit stets annahmebereit zu sein. § 299 bestimmt daher: „Ist die Leistungszeit nicht bestimmt, oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat.“

Diese Vorschrift ist zwar, streng genommen, kein „Kompromiß“ mit der subjektiven Theorie, weil sie dem kulposen, wie dem unschuldigen Schuldner zu statten kommt;[2]) faktisch wirkt sie aber als Abschwächung des objektiven Standpunktes. — Sie hat nur Bedeutung für den Fall vorübergehender Verhinderung, greift also nicht Platz, wenn der Gläubiger die Leistung nicht annehmen will, — so z. B. bei Irrtum über die Vollständigkeit der Oblation; sie bietet damit eine gewisse Analogie zu der „Willkürtheorie“ Mommsen's. „Verhindert sein“ ist ferner nicht identisch mit der kompletten „Unmöglichkeit der Annahme;“ es wird vielmehr milder dahin zu interpretieren sein, daß die Annahme dem Gläubiger ungewöhnliche Schwierigkeiten bereiten würde, so z. B.[3]) wenn er sich gerade auf eine Erholungsreise begeben will, oder wenn ihm momentan nicht genügend Lagerräume zur Verfügung stehen. Den Begriff „vorübergehend“ nach

---

[1]) Protokolle II, S. 661—664.

[2]) Vergl. Matthiaß, Lehrb. d. bürg. Rechts, Bd. I. S. 334.

[3]) Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. § 299 Anm. 2: Engelmann, das alte und das neue bürgerliche Recht, S. 198.

seiner zeitlichen Ausdehnung hin zu bestimmen, ist Sache des richterlichen Ermessens im konkreten Falle. Vorübergehend ist die Behinderung des Gläubigers jedenfalls nicht schon dann, wenn er nur später überhaupt einmal wieder die Leistung anzunehmen in der Lage ist, sondern nur wenn seine Fähigkeit zur Mitwirkung in verhältnismäßig kurzer Zeit wieder eintritt. Andererseits enthält der Begriff „vorübergehend", wie sich aus einer Zusammenstellung mit § 856 Abs. 2. B.G.B., wo er ebenfalls verwendet ist, ergiebt, auch ein subjektives Element: Der Gläubiger muß, wenn er gegenwärtig auch nicht annimmt, dennoch die Absicht gehabt haben, in absehbarer Zeit anzunehmen, anderenfalls gerät er sofort in mora. Einen „Weg für den Schuldner, um der Ungewißheit zu entgehen, ob der Gläubiger vorübergehend verhindert ist",[1]) gewährt § 299 in der Möglichkeit, die Leistung dem Gläubiger eine angemessene Zeit vorher anzukündigen. Dem Gläubiger liegt im Streitfalle der Beweis für seine vorübergehende Behinderung ob; der Schuldner trägt dagegen die Beweislast für die angemessene rechtzeitige Vornahme der „Ankündigung" der Leistung.[2])

Nicht unwichtig ist schließlich die Frage, ob bei einem vor Inkrafttreten des B.G.B. begründeten Schuldverhältnisse nach dem 1. Januar 1900 mora creditoris auch ohne Verschulden des Gläubigers entstehen könne, wenn das alte Recht auf dem Standpunkte der subjektiven Theorie stand, wie z. B. §§ 98, 102, 103, 939, 949 I. 11. A.L.R., Sächsisches B.G.B. §§ 746—749, Code civil art. 125 ff. Mit Unrecht bejaht dies Habicht[3]) mit der Begründung, daß die den Annahmeverzug begründende Nichtmitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung,[4])

[1]) Rosenberg S. 200.

[2]) Dies ergiebt sich nach allgemeinen Grundsätzen aus der stylistischen Fassung der Vorschrift.

[3]) Habicht. Die Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. S. 167.

[4]) Habicht a. a. O. spricht hier von „Erfüllungsgeschäft." Hierüber speziell vergl. § 3 dieser Arbeit.

da sie unter die Herrschaft des B.G.B. falle, sich auch nach diesem richte. Dem ist m. E. nicht beizutreten; denn die citierten alten Gesetze regeln die mora creditoris als Verletzung einer Pflicht zur Annahme, diese Pflicht wird aber schon mit Entstehung der Obligation bepründet (vgl. S. 21 Anm. 3 d. Arb.) und liegt daher, da das B. G. B. die vor seinem Inkrafttreten entstandenen Verpflichtungen prinzipiell nicht berührt (Art. 170 E. G. z. B.G.B.), auch dem nach 1900 eintretenden Annahmeverzuge als maßgebend zu Grunde. Auch die Verzögerung dieser Verpflichtung kann daher nur nach altem Recht beurteilt werden, und dieses setzt eben ein Verschulden des Gläubigers beim Unterlassen seiner Erfüllungsmitwirkung voraus.

II. Voraussetzung in der Person des Schuldners.

§ 6.

a. Leistungsbereitschaft und Angebot.

1. Der Gläubigerverzug hat auch seine fundamentalen Voraussetzungen in der Person des Schuldners. Soll überhaupt eine Mitwirkung des Gläubigers bei der Bewirkung der Leistung in Frage kommen, so muß auch der Schuldner zunächst alles seinerseits für die Leistungsbewirkung Erforderliche getan haben, was er ohne Mitwirkung des Gläubigers tun konnte; der Schuldner muß, wie man mit einem nicht ganz korrekten Ausdruck sagt, „erfüllungsbereit" sein.[1])

Diese „Erfüllungs-" oder besser „Leistungsbereitschaft" des Schuldners ist indessen keine Spezialität des Annahmeverzuges, sondern ein auch bei jeder normalen Leistungsbewirkung eintretender Moment des Stillstandes, der Pause, in welchem der Schuldner die für seine weitere Leistungstätigkeit oder für die endgültige Erfüllung erforderliche Mitwirkung des Gläubigers

[1]) Entsch. d. R.G. 1. S. 357. — Seuffert Archiv. Bd. 26. S. 349. Bd. 32. S. 277.

abzuwarten gezwungen ist. Der Schuldner macht sich auch in der überwiegend großen Mehrzahl der Fälle nicht erfüllungsbereit mit der vorgefaßten Absicht, den Gläubiger in Verzug zu setzen, sondern — in der Voraussetzung, daß der Gläubiger mitwirken werde — um das Schuldverhältnis zu erfüllen. Ein charakteristisches Merkmal der dem Annahmeverzuge vorausgehenden Leistungsbereitschaft giebt es daher nicht. Insbesondere läßt sich für diese Leistungsbereitschaft ein einheitlicher und markanter Intensitätsgrad, d. h. die Notwendigkeit einer bestimmten, mehr oder weniger schnellen Erfüllungsmöglichkeit weder schlechthin noch für gewisse Gruppen von Obligationen bezeichnen. Grad und Umfang der Leistungsbereitschaft ändern sich vielmehr in jedem einzelnen Falle mit dem speziellen Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses.[1] Ob das Leistungsobjekt umfangreich oder klein, schwer oder leicht, mühsam oder bequem transportierbar ist, ob Sachen oder Dienste zu leisten sind, wo und wann erfüllt werden soll, kurz alle unendlichen Varianten des Leistungsinhalts differenzieren auch ins unendliche das, was zur Leistungsbereitschaft erforderlich ist.

Positive Anhaltspunkte dafür lassen sich überhaupt nicht oder wenigstens nur mit aller Reserve angeben. Häufig wird der Punkt, bis zu welchem der Schuldner seiner Verpflichtung selbstständig genügen kann, weiter hinausgeschoben und die Leistungsbereitschaft daher intensiver sein in den Fällen eigentlicher „Abnahme“ (s. oben § 2 Nr. 1), in denen, wie bei der Verpflichtung zur Lieferung eines Buches, häufig zur Erfüllung nur ein Zugreifen des Gläubigers erforderlich ist; als dort, wo schon im Stadium der Leistungsunfertigkeit eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers notwendig wird, wie etwa beim Spezifikationskauf, bei welchem der Schuldner vor Vornahme der Spezifikation allerhöchstens den noch ungeformten Rohstoff bereit

---

[1]) Schey, S. 110; Windscheid, Pand. II, S. 311; Dernburg, Pand. II S. 170 ff.; Unger, Über Obligationenrecht, S. 133, Nr. 12; Sintenis, S. 215, 216

halten kann. Anderseits ermöglicht und erfordert z. B. eine einfach geartete Wahlschuld, wie die Lieferung eines Kistchens Cigaretten der Sorten Muratti oder Bock nach Wahl des Käufers einen viel höheren Grad der Leistungsbereitschaft als eine Bringschuld, bei der 20000 Kisten Cigarren geliefert werden müssen.[1]) Sogar innerhalb gleichartiger Obligationskategorien sind noch eminente Differenzierungen möglich. Denken wir nur an zwei verschiedene Bringschulden. Wer 10 Mark schuldet, kann sich so vollkommen leistungsbereit machen, daß er das Geldstück in der hingestrekten Hand dem Gläubiger darreicht. Wer zur Lieferung von 1000 Stück Schiffsbalken verpflichtet ist, kann diese schwerlich ebenso unmittelbar offerieren. Brächte er sie selbst alle zusammen auf Wagen vor das Haus des Gläubigers, dann wäre diese Wagenreihe so lang, daß es Stunden dauern könnte, bis der letzte Wagen nur Revue passiert hätte[2]). Ebenso wird bei Verpflichtungen zu Diensten die Leistungsbereitschaft häufig ganz minimal sein. Der Schuldner wird dem Gläubiger oft nur seine Person mit ihren Eigenschaften und Kenntnissen sowie seinen Willen zur Leistung zur Verfügung stellen können, ohne daß irgend welche positive Leistungstätigkeit bereits in die Erscheinung getreten wäre, — so der Hauslehrer, der Dienstbote, die Gesellschafterin beim Antritt ihrer Stelle, der Schauspieler beim Beginn des Engagements.[3]) In anderen Fällen von obligationes faciendi wiederum ist die Leistungsbereitschaft außerordentlich umfangreich. Was ist z. B. nicht alles an Leistungsvorbereitungen geschehen, wenn der Billetinhaber das Theater betritt! Das Theater ist geheizt und beleuchtet, die Coulissen sind befestigt, die Schauspieler versammelt, kostümiert und geschminkt, die Rollen gelernt, das Stück geprobt und dergleichen mehr.

---

[1]) Der Umfang der Leistungsbereitschaft richtet sich also nicht ausschließlich nach dem Umfange der Mitwirkung im umgekehrten Verhältnis; Rosenberg, S. 183 fg.

[2]) Sintenis II. S. 215, Anm. 112.

[3]) Motive II. S. 33; Meisner Kommentar. Anm. zu § 294.

Auch die Römer waren daher weit davon entfernt, ein einheitliches Charakteristikum der Leistungsbereitschaft aufzustellen. Sie erklärten vielmehr treffend in l. 3. § 4 D. de act. empt. 19,1 mora autem emptoris videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quominus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere.[1]) Natürlich stellen sie die Eventualität, daß das tradere des Leistungsobjektes in jedem Augenblicke erfolgen kann, in den Vordergrund, denn dies ist das Schulbeispiel, die Leistungsbereitschaft *κατ' ἐξοχήν*. Als erforderlich wird aber ausdrücklich nur bezeichnet, daß der Übergang aus dem Stadium der Leistungsbereitschaft in das der Erfüllung sich ohne besondere Schwierigkeiten unter verkehrsüblicher Berücksichtigung aller Leistungsvorbereitungen alsbald vollziehen könne. Dies ist auch der Standpunkt der modernen Rechtsprechung[2]), und endlich hat nunmehr das B.G.B. bestimmt, der Schuldner dürfe, um als leistungsbereit zu gelten, nur „nicht außer Stande sein, die Leistung zu bewirken“ (§ 297). Was „difficultas“ im Sinne der l. 3. cit. und das „außer Stande sein“ des B.G.B. im einzelnen vorstellt, dafür lassen sich eben bestimmte Grundsätze nicht festlegen. Die Anschauungen haben in dieser Hinsicht auch zeitlich gewechselt. Die Römer haben z. B. Leistungsbereitschaft strikt negiert, so lange die Leistung noch an einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte sich befand.[3]) Bei der Schnelligkeit der modernen Transportmittel wird sich das nicht immer aufrecht erhalten lassen, besonders im Handelsverkehr, wo der Kaufmann mit der avisierten Ware als bereits sicherem Besitze zu rechnen gewohnt ist. Haben doch unsere obersten Gerichte in konstanter Rechtsprechung sogar angenommen, daß bei einer Verpflichtung zur Lieferung von Kohlen Leistungsbereitschaft schon dann bestehe, wenn die

[1]) Ähnlich fr. 4 § 1 de eo quod certo loco, wo gleich gestellt wird oblata pecunia vel deposita vel ex facili solvenda. R.G. 5. S. 66.

[2]) Siehe R.O.H.G. XV. S. 148; Meisner a. a. O., S. 34.

[3]) l. 9 C. de solut. 8, 43., l. 122. pr. D. de V.O, 45,1.

Kohlen noch nicht einmal gefördert sind, vorausgesetzt, daß die Zeche ihren ganzen Betriebseinrichtungen nach im Stande ist, die Kohlen „anstandslos unmittelbar vor deren Abnahme in vertragsmäßiger Beschaffenheit herzustellen"[1]). Natürlich gilt auch dies nur wieder im Großhandel. Im Kleinverkehr müssen die Kohlen bereits gefördert sein, wogegen es auch hier nicht unbedingt zur Leistungsbereitschaft gehören wird, daß der Kohlenhändler die zu liefernde Masse bereits aus dem Keller oder vom Kohlenplatze geholt hat; wie man überhaupt für Genusschulden in der Regel daran festhalten dürfen wird, daß eine Aussonderung aus dem genus zur Leistungsbereitschaft nicht erforderlich ist.[2])

2. Damit nun der Gläubiger von der Absicht des Schuldners, die Leistung zu bewirken, Kenntnis erhalte und sich von seiner Leistungsbereitschaft eventuell überzeuge, ist es notwendig, daß der Schuldner dem Gläubiger eine diesbezügliche Benachrichtigung zugehen läßt. Der Schuldner muß, wie man technisch sagt, dem Gläubiger die Leistung „anbieten." Man hat die Notwendigkeit dieser Erklärung an den Gläubiger deshalb bestritten, weil sie über die aus der Obligation entspringende Verpflichtung des Schuldners hinausgeht.[3]) Aber andererseits muß man bedenken, daß der Gläubiger ohne dieselbe gewöhnlich garnicht erfahren würde, wann der Schuldner leistungsbereit ist und sich daher ununterbrochen mitwirkungsbereit halten müßte.[4]) Da dies besonders bei längerer Leistungszeit und umständlichen Annahmevorbereitungen meist undurchführbar wäre, würde der Gläubiger geradezu zum Verzuge gedrängt werden.

Auch in den Quellen wird die Notwendigkeit der Be-

---

[1]) Vgl. R.G. Bd. XII. S. 112 fg; Meißner, S. 33. Anm. 4. u. 2: R.G. V. S. 66 und dort citierte Entsch.

[2]) R.G. V. S. 66.

[3]) Bes. Schey, S. 108 ff; Kohler, Jahrb. S. 400 ff, der allerdings im Arch. f. b. Recht XIII. S. 195 halb und halb einlenkt.

[4]) Rosenberg, S. 148.

nachrichtigung mehrfach festgelegt, so in l. 102 D. 46,3; l. 3 § 5 D. 13,7; l. 4 § 1 D. 13,4; l. 21. D. 12,1; l. 30 u. bes. l. 72, s. a: § 39. D. 46,3[1]). Und wenn es auch richtig ist, daß eine einzige Digestenstelle, das fragm. 3 § 4 D. de emp. 19,1 das Angebot nicht erwähnt, — mora autem emptoris videtur esse, si .... omni tempore paratus fuit tradere (sc. debitor) — so ist damit doch noch nicht gesagt, daß sie auch ein Angebot nicht voraussetzt. Irrig ist es dagegen, wenn man auch weitere Stellen gegen die Notwendigkeit des Angebots ins Feld geführt hat. Allerdings erwähnt die l. 39 D. de solut. 46,3 das Erfordernis der Benachrichtigung nicht ausdrücklich; nach ihr tritt mora ein, si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles, und es mag auch gezwungen sein, das parato me solvere nicht nur auf den bloßen Zustand der Bereitschaft, sondern auch auf die entsprechende Kundgebung desselben zu beziehen.[2]) Aber man bedenke, daß die Stelle die Zurückweisung der Leistung von einer willkürlichen Handlung des Gläubigers abhängig macht — tu accipere nolles, — ein deutlicher Beweis dafür, daß der Gläubiger von der Absicht des Schuldners, zu erfüllen, Kenntnis gehabt haben muß, daß der Schuldner dem Gläubiger also „angeboten hat!" — Mit Unrecht hat Schey[3]) auch die Nov. 91 cap. 2 dahin interpretiert, daß er in dieser Stelle nur das paratum esse solvere vom Schuldner verlangt, und das offere demgegenüber als ein majus, als ein „Zuviel" erklärt und daher nicht als notwendige Verzugsvoraussetzung behandelt werde. In der Nov. cit. a. E. wird nämlich einer

---

[1]) Schey, S. 109 meint, die oblatio finde sich hier stets als Voraussetzung der Purgation einer mora debitoris. Aber diese Behauptung ist bei der Mehrzahl der Fälle ohne jede Grundlage; vgl. auch Kohler S. 406 (Jahrb.). Der hier vertretenen Ansicht sind Brinz, Pand. II. S. 311. Roemer a. a. O. S. 140; Hirsch S. 209; Wachsner S. 5; Koch, S. 10; Rosenberg, S. 148.

[2]) So Mommsen III. S. 141, Anm. 2.

[3]) Schey, S. 108 ff.

Schuldnerin, die dare voluerit, der Rat erteilt, contestetur .... et parata sit hoc solvere aut etiam aliquid majus peragere et offerat forsan. Aber in diesen Worten werden m. E. nur Mittel für die öffentliche Konstatierung einer mora accipiendi des Ehemannes bei Annahme der dos angegeben, während der wirkliche Eintritt des Verzuges von der Stelle schon vorausgesetzt wird. Eine derartige Konstatierung war von besonderer Wichtigkeit, weil nach eventueller Auflösung der Ehe der Erfolg der Klage der Frau wegen der donatio propter nuptias von dem Beweise der Leistung der dos an den Mann oder der mora accipiendi des Mannes abhängig war,[1] sie war also eine Art anticipierter Beweisaufnahme. Der wirkliche Eintritt der mora ist hier schon längst erfolgt, und von ihm spricht bereits der Beginn der Stelle und definiert seine Voraussetzungen dahin: si enim dotem debeat mulier et illa quidem dare voluerit, ... vir autem ... suscipere eam nollet; in diesem nollet aber ist nach dem oben für die l. 39 D. 46,3 Gesagten zweifelsohne auch ein Angebot zu finden.

Auch im B.G.B. ist nunmehr das „Angebot" Voraussetzung des Annahmeverzugs (§ 294, 295) geworden.

Im B.G.B. wie im gemeinen Recht ist das Angebot eine formlose Willenserklärung. Es kann schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden. Besonderes stillschweigendes Angebot, das im einfachen Hinreichen oder Übersenden des Leistungsgegenstandes besteht, ist an der Tagesordnung. Nur wo aus derartigen konkludenten Handlungen die Erklärung des Schuldners, leisten zu wollen, nicht deutlich genug hervorgeht, wird man ausdrückliche Benachrichtigung billigerweise beanspruchen können. Wenn mein Freund X, mit dem gemeinschaftlich ich einmal irgend ein Lotterielos erworben habe, mir per Post plötzlich 100 M. zuschickt, so gehören hierzu einige Worte der Aufklärung, weil man von mir nicht verlangen kann,

[1]) Vgl. Dernburg, Pand. III. S. 49, 50 und die citierte Novelle selbst.

daß ich konstant an meine Gewinnchance denke. Verweigere ich die Annahme, so gerate ich nicht in Verzug. — Bedarf der Schuldner schon im Stadium der Leistungsunfertigkeit einer Mitwirkungshandlung des Gläubigers, so wird sich seine Erklärung, leisten zu wollen, äußerlich auch häufig in der Form einer an den Gläubiger gerichteten Aufforderung, die erforderliche Mitwirkungshandlung vorzunehmen, darstellen. Das B.G.B. hat es für nötig gehalten, diesen wichtigen Fall der Interpretation des Richters zu entziehen, und hat deshalb authentisch festgelegt:

> „Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen. (§ 295 Satz 2)[1]).

3. a) Leistungsbereitschaft und Angebot, beide erforderlich, um den Gläubiger in Verzug zu setzen, gehören nur insofern zusammen, als der Moment des Angebots zugleich der maßgebende Zeitpunkt für das Vorhandensein der Erfüllungsbereitschaft ist. Insbesondere muß hier betont werden, daß nach erfolgtem Angebote eine Aufrechterhaltung der Erfüllungsbereitschaft nicht erforderlich ist, weil andernfalls die Lage des Schuldners während des Gläubigerverzuges schlechter wäre als vorher. Die Richtigkeit dieses Satzes, der im gemeinen Recht nicht ganz unbestritten[2]) war, wird nun durch § 297 B.G.B. (zur Zeit des Angebots oder ... zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit) völlig außer Frage gestellt.

Abgesehen jedoch von diesem zeitlichen Zusammentreffen sind Angebot und Erfüllungsbereitschaft scharf auseinander zu halten: Niemals deckt sich der Inhalt des Angebots mit dem der Erfüllungsbereitschaft. Denn angeboten wird die Erfüllung, und die Voraussetzungen der Erfüllung können in der

---

[1]) Rosenberg, S. 148.

[2]) Munk S. 5; dagegen Rosenberg, S. 164; siehe auch Seufferts Archiv Bd. 51, S. 271.

Erfüllungsbereitschaft begrifflich nie völlig vorhanden sein. Oft ist die Divergenz zwischen beiden sogar eine sehr erhebliche: Der Schuldner kann z. B. leistungsbereit sein, wenn das Leistungsobjekt sich an einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte befindet, anbieten kann er dagegen nur „Leistung am Erfüllungsorte". Leistungbereitschaft kann vorliegen, wenn die Leistungssache auch noch nicht aus dem genus ausgesondert ist, angeboten werden kann dagegen nur die gehörig konkretisierte Sache. Aber selbst bei höchster Erfüllungsbereitschaft muß das Angebot jener gegenüber stets ein Plus enthalten, weil anderenfalls die Erfüllungsbereitschaft die Erfüllung selbst und das Angebot der Erfüllung damit überflüssig wäre. Das Angebot ist somit ein Schein auf die Zukunft, die Erfüllungsbereitschaft der Stand der Gegenwart. Der Anbietende erklärt, daß er die Absicht habe, seine Erfüllungsbereitschaft in die Erfüllung umzusetzen, wenn der Gläubiger dazu mitwirke. Angeboten wird also, um es korrekt auszudrücken, der Erfüllungs**wille** des Schuldners. Die gleichzeitige Erfüllungsbereitschaft gibt diesem Erfüllungswillen nur die reale Grundlage, das Rückgrat: Die Gläubiger hätten viel zu tun, wenn sie auf jede Erklärung der Erfüllungsabsicht ihrer Schuldner zu reagieren hätten, ohne eine positive Gewähr dafür zu haben, daß diese Absicht nicht nur ein frommer Wunsch sei, sondern daß sie, von Tatsachen getragen, auch in die Wirklichkeit umgesetzt werden könne. Diese Gewähr gibt ihnen das Gesetz, indem es vom Schuldner verlangt, daß er nicht nur „anbiete", sondern sich auch für die Erfüllung vorbereitet habe, und daß der Annahmeverzug nur eintrete, wenn Angebot und Erfüllungsbereitschaft zeitlich zusammenfallen. Auch B.G.B. § 294 bestimmt deshalb:

> „Die Leistung muß dem Gläubiger so wie sie zu bewirken ist (Inhalt des Angebots!) tatsächlich (d. i. unter gleichzeitiger Erfüllungsbereitschaft des Schuldners) angeboten werden."

Das Angebot ist ein Schein auf die Zukunft. Wie nahe

oder wie fern diese Zukunft sei, das hängt von der Intensität der Erfüllungsbereitschaft ab. Ist ein hoher Grad von Erfüllungsbereitschaft erreicht worden, so ist zur Erfüllung unter Umständen nur ein Zugreifen erforderlich, das minimale Zeit in Anspruch nimmt, die Erfüllung vermag dann dem Angebote mit einer gewissen Unmittelbarkeit zu folgen. Ist die Erfüllungsbereitschaft geringer gewesen, so kann sie oft nur durch eine Reihe zeitraubender Mittelglieder in die Erfüllung übergeführt werden. Angebot und Erfüllung liegen dann oft weit auseinander. Die Beziehungen zwischen dem Angebot und der Erfüllung sind daher so unendlich variabel wie die Erfüllungsbereitschaft selbst. Damit ist aber zugleich die gemeinrechtliche Lehre kritisiert, welche es unternimmt, nach der mehr oder minder unmittelbaren Möglichkeit der Erfüllung zwei verschiedene Gruppen des Angebots zu unterscheiden, die Lehre von der „Real-“ und „Verbaloblation.“ Es soll hier ganz abgesehen werden von der irreführenden Terminologie, welche den Gedanken nahelegt, daß nur bei der realen Oblation auch das reale Moment der Leistungsbereitschaft vorhanden sei, gegen die deshalb auch schon mehrfach Front gemacht worden ist. Denn daß der Annahmeverzug stets neben der Oblation auch Erfüllungsbereitschaft voraussetzt, daß daher „in diesem Sinne gefaßt, die Oblation stets eine Realoblation sei,“[1]) daran ist nicht zu rütteln. Verfehlt ist vielmehr der Gegensatz zwischen „Real-“ und „Verbaloblation“ deswegen, weil der ihm zu Grunde liegende Unterschied in der Unmittelbarkeit, in der „difficultas“ der Erfüllung so ungeheuer veränderlich und so mannigfach ist, daß er jeder Systematisierung nach festen brauchbaren Gesichtspunkten unzugänglich bleibt. Bezeichnend für die Unbrauchbarkeit der Lehre von der „Real-“ und „Verbaloblation“ ist, daß auch nicht ein einziger ihrer Vertreter den Versuch gemacht hat, annähernd

---

[1]) Windscheid, Pand. II. S. 279; Sintenis II. S. 215; Wolff, S. 413; Schey, S. 111; Endemann, B.G.B., Bd. I., S. 623, Anm. 9.

fest zu bestimmen, welche Unmittelbarkeit der Beziehungen zwischen Angebot und Erfüllung oder m. a. W. welche Intensität der Leistungsbereitschaft für die eine oder die andere Art des Angebots erforderlich sei oder ausreiche. Es sind vielmehr ohne einen festen Punkt der Unterscheidung stets nur Gegensätze konstruiert worden.

Betrachten wir nunmehr diese verschiedenen Unterscheidungsversuche: Glück und mit ihm die ältere gemeinrechtliche Doktrin[1]) suchte den Gegensatz je nach der Verpflichtung zur Leistung von Mobilien oder Immobilien durchzuführen; bei den ersteren sollte Realoblation erforderlich sein, bei den letzteren Verbaloblation ausreichen. Aber schon bei dem einfachsten Falle, bei der Bringschuld einer Mobilie erleidet diese Theorie Schiffbruch, wenn es sich um größere und schwer zu transportierende Massen von Mobilien handelt: denn hier wird jedermann eine Oblation für giltig halten, auch wenn die Waren nicht vor dem Hause des Gläubigers aufgestapelt sind, sondern noch im Speicher des Schuldners liegen (s. S. 53 fg.). Realoblation in Glücks Sinne ist, wie Sintenis ausführt, nicht einmal dann anzunehmen, wenn der Schuldner bei der Erklärung, leisten zu wollen, das geschuldete Geld noch im Geldbeutel trägt; denn auch hier kann er streng genommen nicht unmittelbar erfüllen, sondern nur durch Vermittelung einiger Zwischenglieder — er muß den Beutel öffnen, das Geld herausnehmen, es dem Gläubiger reichen. Bei Gattungsobligationen oder Wahlschulden kann der Gegensatz zwischen der Aufforderung zur Vornahme der Mitwirkungshandlung und der schließlichen Bewirkung der Leistung so kraß sein, daß kein Mensch sagen wird, die Erfüllung folge unmittelbar dem Angebote. — Die neueren Schriftsteller lassen daher durch die Bank die Glück'sche Hypothese fallen, basieren aber den Gegensatz von Real- und Verbaloblation auf die Verschieden-

---

[1]) Glück, Erl. IV. S. 409; hiergegen auch Mommsen III. S. 143, Anm. 4; Puchta, Pand. § 269, Anm. 7.

heit von Bring- und Holschulden.[1]) Aber gerade zwischen Holschulden und Bringschulden besteht, wie Rosenberg[2]) sehr richtig ausführt, kein prinzipieller Gegensatz in der Erfüllungsbereitschaft, sondern nur eine Verschiedenheit des Erfüllungsortes. Die Holschuld wird beim Schuldner, die Bringschuld beim Gläubiger erfüllt; leistungsbereit kann sich der Schuldner aber in beiden Fällen gleich viel oder gleich wenig machen. Bei Lieferung schwer transportierbarer Sachen wird man z. B. selten unmittelbare Erfüllungsmöglichkeit verlangen, gleichgültig ob nun[3]) Holschuld oder Bringschuld vorliegt. Auch bei Wahlschulden, die zugleich Bringschulden sind, wird man nicht immer beanspruchen dürfen, daß der Schuldner bei der Aufforderung an den Gläubiger zur Vornahme der Wahl alle in obligatione befindlichen Leistungsobjekte herbeischleppt, um den gewählten Gegenstand unmittelbar übertragen zu können.

Hauptargument gegen diesen wie den Glück'schen Standpunkt ist aber, daß wir mit ihm bei den Verpflichtungen zu Dienstleistungen vollständig im Stiche gelassen werden.

Vergeblich hat man daher auch eine Stütze für den Gegensatz in den Quellen gesucht, die doch den richtigen Standpunkt bezüglich der Leistungsbereitschaft so klar zum Ausdruck bringen. Sie sprechen stets ganz allgemein nur von „offere"[4]) und „paratum esse solvere",[5]) woraus für Real- und Verbalobligationen nichts zu schließen ist. Wenn sie zuweilen ausdrücklich Anwesenheit der geschuldeten Sache am Erfüllungsort verlangen, so hat das seinen Grund darin, daß diese Anwesenheit in den betreffenden Fällen zur Erfüllungsbereitschaft gehört.[6]) Man

[1]) Vgl. Wolff, S. 482 ff; v. Madai, S. 230 ff; Fritz, S. 352. Siehe auch Mommsen, S. 141, Hirsch, S. 209.

[2]) Rosenberg, S. 154 fg.

[3]) Sintenis II. a. a. O.

[4]) l. 26 D. sol matr. 24,3; l. 72. pr. und § 2, D. 46,3.

[5]) l. 3. § 4. D. de act. empti vend. 19,1; l. 39 D. h. A.

[6]) Vgl. die l. 72. § 3. D. 46,3; auf die besonders Mommsen, S. 143[4] sich stützt. In dieser wird außerdem offenbar die Erfüllungsbereitschaft odio furum besonders hart behandelt.

sollte sich auch auf die l. 1. § 3. D. de periculo 18,5 nicht berufen:[1]; denn in den Worten: denuntiet emptori ut aut tollet vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur handelt es sich gar nicht um Oblation, sondern um die Androhung, welche der Preisgebung vorangehen mußte, der Preisgebung, die ihrerseits eine mora accipiendi schon voraussetzt. Und auch die Nov. 91 cap. 2, auf deren Ausdrucksweise — constetetur et dotem solvere parata sit (sc. die Schuldnerin) et quod etiam majus est, faciat et forte offerat — besonders Hirsch basiert[2]), indem er den markanten Gegensatz des Wortes faciat zu dem bloßen parata sit betont, besagt nichts derartiges; denn, wie schon oben gezeigt wurde, handelt es sich in diesen Worten gar nicht um die Voraussetzungen der mora accipiendi, die am Anfang der Stelle ganz normal erörtert werden, sondern um die verschiedenen Möglichkeiten einer öffentlichen Konstatierung des bereits eingetretenen Verzuges zu Beweiszwecken[3])

Neuerdings hat Rosenberg (Der Verzug des Gläubigers, S. 151 fg.) die Lehre von der Real- und Verbaloblation unter einem veränderten Gesichtswinkel durchzuführen gesucht. Er unterscheidet: „Angebot einer tatsächlichen" und „Angebot einer wörtlichen Erfüllungsbereitschaft". Eine tatsächliche Erfüllungsbereitschaft, folgert er, könne der Schuldner nur in Fällen eigentlicher Annahme anbieten, in denen der Gläubiger ausschließlich durch „Abholen oder Abnehmen" der fertigen Leistung zur Erfüllung mitzuwirken habe. Bedürfe der Schuldner der Mitwirkung des Gläubigers dagegen schon im Stadium der Leistungsunfertigkeit, dann könne der Schuldner auch nicht die fertige Leistung anbieten, sondern er könne nur das offerieren, was er ohne den Gläubiger zu tun im Stande war „und zu-

---

1) Mommsen, S. 143[4]; Henrici, die Voraussf. d. mora cred. nach gem. Recht und B.G.B. S. 20.

2) Hirsch, S. 206, 207.

3) Die Unmöglichkeit eines Quellenbeweises giebt zu Wolff, S. 420.

gleich seine Bereitschaft erklären, daß er nach erfolgter Mitwirkung die Leistung auch tatsächlich vornehmen werde". Diese letztere „Bereitschaft" sei aber noch nicht in der Tat vorhanden; sie sei vielmehr nur eine wörtliche, und das sie enthaltende Angebot daher nur „Angebot einer wörtlichen Leistungsbereitschaft". Auch diese Anschauung halte ich für ganz verfehlt. Rosenberg wird zugeben müssen, daß in seinem Sinne, jedes Angebot nur „Angebot einer wörtlichen Erfüllungsbereitschaft" sein kann. Wie wir wissen, kann sich die „Erfüllungsbereitschaft" begrifflich nie vollständig mit dem decken, was zur Erfüllung erforderlich ist. Etwas fehlt ihr immer noch zur Erfüllung, auch da, wo der Gläubiger nur durch „annehmen oder abholen" zur Erfüllung mitwirkt. Denn selbst wenn in derartigen Fällen die Erfüllungsbereitschaft bis aufs höchste Maß gesteigert wird, fehlt zur Erfüllung stets noch der schließliche Traditionsakt, — die Leistung muß nicht nur richtig in der Welt vorhanden sein, sie muß auch dem Gläubiger übertragen werden — also sozusagen der wichtigste Teil der Leistungsbewirkung. Wenn also einerseits die zur Übertragung der Leistung erforderlichen letzten Erfüllungshandlungen des Schuldners zur Zeit seines Angebots „tatsächlich" niemals vollständig vorhanden sein können, und wenn andererseits der Schuldner mit dem Angebot sich stets auch zu ihrer Vornahme bereit erklärt, — was anders bietet er denn dann bei jedem Angebote an als nach Rosenberg eine „nur wörtliche Leistungsbereitschaft!" — Wir haben in Nr. 2 dieses Paragraphen gesagt: „angeboten" werde die „Erfüllung." Da jede Erfüllung notwendigerweise über den Umfang der Erfüllungsbereitschaft zur Zeit des Angebots hinausgeht, so kann man den gleichen Gedanken allerdings auch so formulieren: angeboten werde stets eine wörtliche Erfüllungsbereitschaft. Wer aber, wie Rosenberg, dies „Angebot einer wörtlichen Leistungsbereitschaft" nur in gewissen Fällen annimmt, in anderen Fällen also die zur Zeit des Angebots tatsächlich vorhandene Leistungs-

bereitschaft für identisch mit dem Inhalte des Angebots, d. h. mit dem Inhalte der Erfüllung erachtet, der macht nicht nur — wie die ältere gemeinrechtliche Theorie — einen verfehlten Systematisierungsversuch, der verkennt vielmehr grundsätzlich das Wesen der Erfüllungsbereitschaft und ihrer Beziehungen zur Erfüllung.

b) Die Lehre von der Real- und Verbaloblation — das glauben wir für das gemeine Recht gezeigt zu haben — ist weder quellen- noch sachgemäß.

Wie stellt sich nun das B.G.B zu dieser Lehre? Scheinbar übernimmt es die gemeinrechtliche[1]) Theorie, indem es in den §§ 294, 295, 297 folgende Bestimmungen trifft:

§ 294. „Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden.“

§ 295. „Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.“

§ 297. „Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots . . . . außer Stande ist, die Leistung zu bewirken.

Daß auch das B.G.B. sowohl beim tatsächlichen wie beim wörtlichen Angebote „Erfüllungsbereitschaft“ voraussetzt unterliegt nach diesen Bestimmungen keinem Zweifel. Sowohl im § 294 („tatsächlich) wie im § 297 (außer Stande ist“)

---

[1]) Schollmeyer, S. 135, 138; Oertmann, Kommentar § 294[2]; Dernburg B.R. II. Th. 1. S. 165 fg.; Kohler, Arch. B.R. 194 fg.; vgl. auch Rosenberg S. 153 fg., der natürlich seinen vermeintlichen Gegensatz auch im B.G.B. wiederfindet.

wird ihre Notwendigkeit ausdrücklich festgestellt.[1]) Nun macht aber das Gesetz irgend welchen Unterschied zwischen der zum „tatsächlichen" Angebote notwendigen und der zum „wörtlichen" Angebote ausreichenden Erfüllungsbereitschaft nicht. Der Umfang der Erfüllungsbereitschaft ergiebt sich vielmehr nach wie vor aus dem konkreten Inhalte des einzelnen Schuldverhältnisses und wird nach diesem auch unter der Herrschaft des B.G.B. durch das freie Ermessen des Richters festgesetzt werden. Weshalb konstruiert dann aber das Gesetz den Gegensatz zwischen Real- und Verbalangebot, anscheinend ohne einen markanten Punkt der Unterscheidung? Doch nicht nur, um zu zeigen, daß sich hier seiner Ansicht nach theoretisch eine gewisse Systematik treiben läßt? Eine derartige Auslassung würde ins Lehrbuch gehören; vom Standpunkt des Gesetzes hätte dann aber die kurze Bestimmung des § 294 vollkommen ausgereicht. Denn auch § 294 verlangt Angebot der Leistung („wie sie zu bewirken ist") und Erfüllungsbereitschaft („tatsächlich"), und es wäre auch nach dieser Bestimmung niemandem zweifelhaft geblieben, daß die Intensität der Erfüllungsbereitschaft in jedem einzelnen Falle außerordentlichen Schwankungen unterworfen ist.

Die Unterscheidung zwischen „wörtlichem" und „tatsächlichen" Angebote muß also auf einen anderen Gegensatz hinauskommen. Es handelt sich mit einem Worte um eine Verschiedenheit in der Beweislastverteilung.[2]) Im § 294 beim Realangebote wird das Erfordernis der „Erfüllungsbereitschaft" durch das Wort „tatsächlich" positiv als Voraussetzung des Annahmeverzuges normiert und ist daher im Prozesse vom Schuldner zu behaupten nnd zu beweisen. Bei der das „wörtlichen" Angebot enthaltenden Bestimmung des § 295 ist von der Erfüllungsbereitschaft noch mit keinem Worte die Rede. Hier bestimmt erst § 297 negativ, „der Gläubiger komme nicht in Verzug,"

---

[1]) Vgl. auch Motive Bd. II. S. 69 ff.

[2]) Dies erwähnen, soweit ich sehe, bisher nur Endemann, B.G.B. I. S. 623b und Anm. 9; Matthiaß, Lehrbuch I. S. 333.

wenn er zur Zeit des Angebots nicht leistungsbereit sei. Der Mangel der Leistungsbereitschaft bildet also in den Fällen des wörtlichen Angebots eine Einwendung des Gläubigers und ist demnach im Streitfalle von diesem zu behaupten und zu beweisen. Bezöge sich § 297 nicht nur auf § 295 sondern auch auf § 294, so wäre für die letztgedachte Vorschrift die Notwendigkeit der Erfüllungsbereitschaft sowohl positiv wie negativ normiert, was besonders angesichts der bekannten Tatsache, daß das B.G.B. durch die stilistische Fassung seiner Bestimmungen gleichzeitig die Verteilung der Beweislast regelt, nicht angängig wäre.

Für unsere Auffassung spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 297. Der zweite Entwurf, welchem der jetzige § 297 seine Entstehung verdankt, behandelte nämlich das thatsächliche und das wörtliche Angebot in je einem besonderen Paragraphen. (§§ 250, 251 II Entw.) Der jetzige § 297 bildete dabei den Absatz 3 des nur die Verbaloblation enthaltenden § 251 des zweiten Entwurfs. Seine Zusammengehörigkeit mit dem § 251 und nur mit diesem war damit klar zum Ausdruck gebracht. Später wurde § 251, offenbar seiner großen Länge wegen in 3 Paragraphen gelegt; es fand also nicht etwa nur eine Aussonderung des Abs. 3, jetzigen § 297 statt, woraus man allerdings hätte schließen können, daß letzterer nunmehr sowohl das Real- wie das Verbalangebot umfassen solle.[1]) Der § 251 Abs. 3 des zweiten Entwurfes kann vielmehr auch als nunmehriger § 297 ausschließlich auf das Verbalangebot bezogen werden.

Das B.G.B. hat also den Gegensatz zwischen Real- und Verbaloblation auf das prozessualische Gebiet hinübergespielt. Wo Realoblation notwendig ist, da hat der Schuldner im Prozesse sowohl seine Erfüllungsbereitschaft wie sein Angebot zu

[1]) Nach den Protokollen II. S. 661 sollte sich die Beweislastbestimmung des Abs. 3 im § 251 des II. Entw. nur auf Abs. 3. § 255 Entw. I. beziehen. Letzterer aber handelt von der Verbalablation.

behaupten und darzutun; bei der Verbaloblation trifft ihn die Behauptungs- und Beweislast nur hinsichtlich des verbum, des Angebots, während der Gläubiger eventuell einwenden kann, aber dann auch beweisen muß, daß der Schuldner zur Zeit des Angebots nicht erfüllungsbereit gewesen[1]) sei. Diese günstigere Stellung des Schuldners in den Fällen der Verbaloblation schreibt sich offenbar aus der Erwägung her, daß einerseits der Schuldner, da er in diesen Fällen häufig schon in einem verhältnismäßig frühen Leistungsstadium das Angebot vornehmen muß, schwerlich anbieten wird, ohne wirklich leistungsbereit zu sein, und daß anderseits der Gläubiger, der den Schuldner schon inmitten seiner Leistungstätigkeit im Stiche läßt, die Lage des letzteren nicht noch durch chikanöses Bestreiten seines Leistungsvermögens verschlechtern können soll. Daß diese Erwägung nicht immer durchgreifend sein kann, ergibt sich daraus, daß, wie schon mehrfach bemerkt, die Leistungsbereitschaft auch in den Fällen des wörtlichen Angebots außerordentlich umfangreich sein kann. Insbesondere ist mit Recht bekämpft worden, daß das B.G.B. die Holschulden zu den Fällen „wörtlichen Angebots" rechnet, weil gerade der Gegensatz von Hol- und Bringschulden eine Verschiedenheit im Umfange der Erfüllungsbereitschaft in keiner Weise bedingt. Doch läßt sich deswegen nicht, wie Rosenberg dies versucht, die unzweifelhaft klare Bestimmung des Gesetzes aus der Welt schaffen.

Das B.G.B. läßt nun im einzelnen verbale Oblation zu:

a) „wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist." Ganz korrekt ist diese Ausdrucksweise nicht, da zur „Bewirkung der Leistung" im Sinne von zur „Erfüllung" — und in diesem Sinne braucht das B.G.B. den Ausdruck „Bewirkung der Leistung" technisch,[2]) — eine Mitwirkung des Gläubigers wenigstens in so weit stets

[1]) Anders auch Rehbein, das Bürgerl. Gesetzbuch, IV. Lieferung 1902, S. 142. Nr. 10.

[2]) Motive, Bd. II. S. 80; Rosenberg, S. 226.

erforderlich ist, als überhaupt Annahmeverzug in Frage kommen soll (Vgl. § 2 Nr. 2 d. Arbeit). Gemeint sind ohne Zweifel die im einzelnen auf S. 26 bis 32 angeführten Fälle der Mitwirkung in einem früheren Stadium der Leistungsunterfertigkeit, wenn dem Gläubiger z. B. ein Wahl-Spefikations- oder Bestimmungsrecht zusteht.[1] Nach positiver Gesetzesvorschrift gehören hierher nunmehr auch die Holschulden. Welche Art des Angebots bei Verpflichtung zu Dienstleistungen vorliegt, wird sich nicht einheitlich entscheiden lassen. Häufig wird jedenfalls wörtliches Angebot genügen, da gerade bei Verpflichtungen zu Diensten die Mitwirkungstätigkeit des Gläubigers oft schon sehr früh und im großen Umfange erforderlich ist (s. S. 26 d. Arb.)[2]. Die Regel wird dagegen reales Angebot bei Bringschulden bilden.[3]) Ein eigenartiger Fall ist im B.G.B. der, daß die Leistung nur an mehrere Gläubiger gemeinsam bewirkt werden kann, so daß zur Bewirkung der Leistung erst ein Zusammenschluß dieser Gläubiger erforderlich ist.[4]) Hier bietet der Schuldner verbal an, indem er an sämtliche Gläubiger die „Aufforderung" erläßt, den zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Zusammenschluß vorzunehmen.

β) „wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde." Im gemeinen Recht war die Auffassung herrschend, daß in diesem Falle „Leistungsbereitschaft" überhaupt nicht erforderlich sei, um den Gläubiger in Verzug zu setzen,[5]) weil es in der Tat ökonomisch horrend ist,

---

[1]) cf. Prot. I. S. 1229 u. fg.; Vgl. auch den eigenartigen Fall in Entsch. R.G. I. S. 54, wo der Verkäufer derartig liefern soll, daß der Gläubiger die Fässer zu stellen hat.

[2]) Anders offenb. Prot. a. a. O., die stets Realangebot anzunehm. scheinen.

[3]) Endemannn, B.G.B. I. S. 623[8]; Hirsch, S. 244 fg.; Wachsner S. 9.

[4]) § 2039, 1281, 432 B.G.B.; siehe Kohler, Arch. f. b. R. XIII, S. 191, 199; Munk, S. 63; Anders Rosenberg, S. 161.

[5]) conf. bes. Windscheid Pand. II. S. 280: Dernburg, Pand. II. S. 219; Mommsen, S. 144, 176; Fritz, III. S. 352; Sintenis II. S. 218; Wolff, S. 407 ff.; Zweifelnd Schey, S. 111; Siehe auch R.O.H. X. S. 21. „Diese

vom Schuldner auch nur ein Minimum von Leistungstätigkeit zu verlangen, nachdem der Gläubiger ihm kategorisch erklärt hat, er werde die Leistung nicht abnehmen. Nach B.G.B ist zwar auch hier Erfüllungsbereitschaft notwendig.[1]) Aber auch der nach B.G.B. urteilende Richter wird in derartigen Fällen „antizipierter Annahmeverweigerung" an die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners nur ganz geringe Ansprüche stellen. Daß den Gläubiger im übrigen die Beweislast trifft, wenn er trotz seiner Annahmeverweigerung behauptet, der Schuldner sei nicht leistungsbereit gewesen, ist nicht mehr als recht und billig.

4. In analoger Anwendung des gemeinrechtlich bei der mora solvendi geltenden Satzes: die interpellat pro homine[2]) hat das gemeine Recht auch beim Annahmeverzug von der Notwendigkeit eines Angebots völlig abgesehen, wenn die Mitwirkung des Gläubigers in einem fest bestimmten Zeitpunkte zu erfolgen hat: dies offert pro homine[3]). Dieser Satz findet sich m. E. in der l. 18 pr. D. de. const. pec. 13,5 ausgesprochen, welche beim Konstitut (Fixgeschäft!) zur Begründung der mora creditoris ausschließlich die Tatsache für ausreichend erklärt, daß der Gläubiger sich nicht am Zahlungsorte und zur richtigen Zeit eingefunden habe, und die Oblation mit keiner Silbe erwähnt. In Verbindung mit dieser Stelle halte ich auch die meist citierte l. 4 D. de per. 18,6 (Ulpian) für beweiskräftig, welche allerdings unter den angegebenen Voraussetzungen nicht direkt vom Annahmeverzuge sondern nur von einem Aufhören der Kustodiapflicht[4]) spricht. Das B.G.B. hat nunmehr den Satz dies offert pro homine im § 296 übernommen:

---

ernsthafte antizipierte Annahmeverweigerung entbindet Verkäufer von der Verpflichtung der Anwendung fernerer Thätigkeit zur Herbeiführung der Vertragserfüllung, da diese ersichtlich eine nutzlose sein würde", R.O.H.G. IV. S. 19—20. XVIII. S. 338.

[1]) S. auch Motive II. S. 70; Kohler Archiv f. b. R. 196 scheint auch nach B.G.B. Erfüllungsbereitschaft nicht für notwendig zu halten.

[2]) Dernburg, Pand. II. S. 112.

[3]) Mommsen, S. 173; Hirsch, S. 211, 212.

[4]) Hirsch a. a. O.

„Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt."

Die Befreiung vom Angebote befreit den Schuldner natürlich nicht von der Notwendigkeit der Erfüllungsbereitschaft. Im B.G.B. gelten bezüglich der letzteren auch hier die Beweisgrundsätze des Verbalangebots, der Gläubiger hat also den Mangel der schuldnerischen Leistungsbereitschaft darzutun. conf. § 297. B.G.B.

Man hat in den Quellen auch die Regel finden wollen, daß bei Abwesenheit des Gläubigers keine Benachrichtigung erforderlich sei. Aber die hierfür citierte l. 6 C. de usur. 4,32: absente vero creditrice Praesidem super hoc interpellare debueras besagt doch eigentlich sehr wenig. Aus dem „Praesidem interpellare" kann man alles und nichts herleiten[1]), auch giebt die Stelle nur ein Recht zur Deposition, spricht aber nicht von mora. Mora accipiendi ist eben nach römischem Rechte bei Abwesenheit des Gläubigers infolge der Unmöglichkeit einer Oblation ausgeschlossen,[2]) absentia creditoris bildet nur einen Depositionsgrund. Das mag hart sein, ist aber konsequent und wird auch durch die l. 4 pr. D. 40,7 gestützt.[3]) Auch auf die l. 18 pr. D. 13,5 kann man sich demgegenüber nicht berufen; denn bei ihr ist die Entstehung des Verzugs ohne Oblation

[1]) Nach Mommsen III. § 18[1] ist es Feststellung der Abwesenheit des Gläubigers durch öffentlichen Akt. — In konsequenter Verfolgung der Auffassung von Hirsch, S. 210 kommt man schließlich zu einer Art öffentlicher Zustellung.

[2]) Schey, der die Notwendigkeit eines Angebots überhaupt leugnet, nimmt natürlich auch hier mora an (S. 110).

[3]) Leiden, Voraussetzungen und Wirkung der Schuldhinterlegung. S. 34. § 7. Ulrich, S. 14.

nicht auf die Abwesenheit des Gläubigers zurückzuführen, sondern auf sein Ausbleiben am fest bestimmten Erfüllungstermine, also auf den Satz: dies offert pro homine[1][2]).

Auch unter der Herrschaft des B.G.B. bildet Abwesenheit des Schuldners einen Depositionsgrund (§ 372). Nach B.G.B. ist aber unter Umständen ein Angebot auch an den abwesenden Gläubiger möglich, und zwar nach den allgemeinen Vorschriften des § 132² B.G.B. über Abgabe von Willenserklärungen an Personen unbekannten Aufenthalts.[3]) Voraussetzung der Anwendung dieser Bestimmung ist, daß der Aufenthalt des Gläubigers unbekannt, nicht etwa nur dem Schuldner unbekannt ist. Nicht jede vorübergehende Abwesenheit des Gläubigers aus seiner Wohnung wird daher gleich Angebot nach § 132² rechtfertigen. — Das Angebot erfolgt im Wege der öffentlichen Zustellung nach den Vorschriften der C.P.O., also durch Anheftung an die Gerichtstafel, zweimalige auszugsweise Einrückung in das Amtsblatt, einmalige in den deutschen Reichsanzeiger (C.P.O. § 204). Als zugestellt gilt das Angebot erst einen Monat nach der letzten Einrückung (ebenda § 206). Zu dieser Zeit muß also der Schuldner auch noch leistungsbereit sein. Was zur Leistungsbereitschaft gehört, richtet sich auch hier nach den allgemeinen Grundsätzen, ebenso die Frage, wer die Leistungsbereit-

---

[1]) Rosenberg, S. 159, hält, obwohl er den Standpunkt von Schey durchaus nicht teilt, mora für vorliegend, weil in der l. c. „Beurkundung der erklärten Leistungsbereitschaft, also ein Angebot" stattgefunden habe. Aber nicht die schlechthin „erklärte", sondern nur die „dem Gläubiger erklärte" Leistungsbereitschaft ist Angebot. Die Tatsache der Beurkundung ist dabei ganz irrelevant. Gegen diese Ansicht auch v. Madai, S. 262.

[2]) Eine Ansicht, nach der auch bei Unbekanntschaft des Schuldners mit der Schuld Oblation nicht erforderlich sein sollte, ist schon oft zur Genüge widerlegt worden. Die Oblation ist hier nur gemäß der besonderen Art der Mitwirkung des Gläubigers besonders gestaltet. (Hirsch, S. 211). Zuweilen handelt es sich auch um Spezialitäten des Vormundschaftsrechts. Vgl. l. 4 C. de usur. 5, 56; l. 5 C. de distract. pign. 8, 28, dazu v. Madai, S. 264—266; Mommsen, S. 172; Koch, S. 13.

[3]) Hirsch, S. 253; Munk S. 64 fg; Rosenberg, S. 159 fg.

schaft im Prozesse dartun muß, — d. h. ob wörtlich oder tatsächlich anzubieten ist.[1])

b. Inhalt des Angebots im einzelnen.

§ 7.

Bereits früher wurde gesagt, der Inhalt des Angebots decke sich mit dem, was zur Erfüllung erforderlich ist. Demnach greift eine Untersuchung über den Inhalt des Angebots zwar in die Materie der Erfüllung über; dennoch sollen einige Punkte, die praktisch hauptsächlich für die Verzugslehre in Betracht kommen, auch hier Erwähnung finden.

Der Schuldner hat den Gegenstand seiner Obligation in vollem Umfange anzubieten, durch ein Angebot einer Teilleistung kommt der Gläubiger, nicht einmal hinsichtlich dieses Teilbetrages in Verzug. Das ergiebt sich für das B.G.B. aus § 266 und für das gemeine Recht aus l. 41 § 1 D. de usur. 22,1. Es vermögen auch die abweichenden Ansichten der l. 4 § 6 D. de statuliberis 40,7 und der l. 21 D. de reb. cred. 12,1 die klare Entscheidung der l. 41 cit. nicht zu beseitigen; denn in der ersten Stelle wird die abweichende Ansicht ausdrücklich als Spezialität, und zwar favore liberatis erklärt, und die l. 41 cit. stellt sich in einen direkten Gegensatz zu der Ansicht, daß ein rechtlicher Zwang zur Annahme von Teilleistungen obwalte, indem sie selbst nur für einen sanften Druck seitens des Prätors kraft seines officium judicis aus Humanitätsrücksichten plaidiert.[2]) Fehlt zur ganzen Leistung nur ein unbedeutender Nebenbetrag, so wird dadurch die im übrigen korrekte Oblation noch nicht zum Teilangebote, sofern nur anzunehmen ist, daß der Schuldner zur Leistung auch dieses Nebenbetrages bereit und willig ist;

---

[1]) Anders Hirsch a. a. O.

[2]) Humanius facturus videtur praetor. Wolff, S. 427; v. Madai, S. 238, 239. Dagegen Mommsen III. Nr. 148[13], der aber die Stelle aus anderen Gründen verwirft. Gegen Teilleistungen außer den citierten Schey. S. 112; Windscheid § 342[9], Seufferts Arch. XXIII. S. 120, XXXIV. S. 156.

denn es wäre wider Treu und Glauben, wollte der Gläubiger ein derartiges Angebot als Teilangebot zurückweisen.[1]) Läßt das Gesetz ausdrücklich Teilleistungen zu (vgl. Wechselordnung Art. 38) oder sind durch die Parteien Teilzahlungen vereinbart worden, so kommt der Gläubiger natürlich in Verzug, wenn er eine ihm angebotene Teilleistung nicht annimmt. Keine Teilleistung ist die Bewirkung einer von mehren gleichartigen Verpflichtungen;[2]) ebenso ist ein Betrag, auf den durch Teilurteil erkannt ist, damit verselbständigt und daher besonders zahlbar.[3])

Bei fixierter Leistungszeit kann auch die Frage entstehen, ob der Gläubiger durch ein vorzeitiges Angebot in Verzug komme. Für die Fixgeschäfte ist dies eo ipso zu verneinen, weil hier die Leistungszeit einen integrierenden Bestandteil der schuldnerischen Verpflichtung bildet, der Schuldner sich also nicht in Leistungsbereitschaft befindet, wenn er vorher anbietet; nicht anders ist zu entscheiden, wenn die Leistungszeit nur im Interesse des Gläubigers gesetzt ist,[4]) weil es eine Prämie für Vertragsbruch bedeuten würde, wollte man hier den Gläubiger durch verfrühte Oblation in Verzug geraten lassen. Ist dagegen die Zeitbestimmung nur mit Rücksicht auf den Schuldner erfolgt, was nach B.G.B. § 271 Abs. 2 in dubio der Fall ist, dann ist der Aufschub der Verpflichtung zur Leistung eine Einrede des Schuldners, deren Geltendmachung nur diesem zusteht. Hier lassen daher die Quellen[5]) und das B.G.B. § 271 auch bei vorzeitigem Angebot mora creditoris zu. Dagegen spricht auch nicht die l. 39 D. 46,3, in welcher die Oblation inopportuno

---

[1]) Entsch. des R.G. Bd. XIV. S. 108.

[2]) Entsch. des R.G. Bd. IV. S. 81.

[3]) Plank, § 266[6]; Schollmeyer, § 266[2]; Dernburg, B.R. II. 1. S. 107.

[4]) Mommsen, S. 155 ff.; v. Madai, § 39. Vgl. auch Rehbein, das B.G.B., IV. Lieferung 1902, S. 141.

[5]) l. 137, § 2 i. f. D. de verb. obl. 45,1; l. 70 D. 46,3. Siehe dazu v. Madai und Mommsen a. a. O.; Sintenis II. S. 218. Anm. 123; Schilling, S. 243; Schey, S. 112. Prinzipieller Gegner Cujacius, observationes XIII. cap. 23.

tempore vel loco geschieht, denn inopportunum bezieht sich nur auf die nach Verkehrsanschauungen „ungelegene" Zeit; auch nicht die l. 122 pr. D. 45,1, denn der Mangel der Oblation liegt hier nicht in ihrer Vorzeitigkeit sondern in ihrer Unvollständigkeit, da der Schuldner unrichtiger Weise die bereits verfallenen Zinsen nicht zusammen mit der Kapitalschuld angeboten hatte.[1])

Auch die Notwendigkeit einer Oblation am richtigen Orte ist anerkannt.[2]) Im übrigen darf das Angebot nach Zeit und Ort auch nicht „ungelegen" erfolgen, also z. B. bei Geldzahlungen im Handelsverkehr nur während der Geschäftszeit. Dies wird im gemeinen Rechte allgemein angenommen[3]) und ergiebt sich für das B.G.B. aus dem § 242, der für die Bewirkung der Leistung, also auch für das Angebot, die Berücksichtigung der Verkehrssitte angeordnet.

Bezüglich der Personen der Oblation ist zu bemerken, daß in der Regel auch ein Dritter, ebenso wie er für den Schuldner erfüllen kann,[4]) so auch zu Oblation für ihn befugt ist.[5]) Fritz[6]) will diese Konsequenz nicht ziehen, weil die Annahme vom Dritten s. E. in der Willkür des Gläubigers steht; sei sie allerdings erfolgt, dann werde die Oblation getilgt. Aber steht nicht auch die Annahme vom Schuldner in der Willkür des Gläubigers? Wir werden uns ferner darauf berufen können, daß die l. 53 D. de solut. 46,3 dem tertius geradezu ein

---

[1]) Auch ein verspätetes Angebot muß der Gläubiger — außer im Falle des Fixgeschäftes — zur Vermeidung des Annahmeverzuges annehmen (R.G. I. S. 21.), es sei denn, daß er an der verspäteten Erfüllung kein Interesse mehr hat.

[2]) l. 9. C. de solut. 8,43.

[3]) Vgl. statt aller nur Mommsen III. S. 152; l. 39. D. de sol. 46,3. Siehe auch den von Rosenberg S. 183 angeführten kuriosen Fall.

[4]) pr. Inst. quibus modis tollitur obligatio 3,29, l, 53 D. de sol. 46,3; l. 39 D. 3,5; l. 23., l. 40. D. 46,3.

[5]) v. Madai, S. 247; Mommsen III. S. 158; Wolff, S. 424.

[6]) Fritz III. S. 350.

Recht darauf giebt, wie der Schuldner behandelt zu werden. „Solvere pro ignoranti et invito cuique licet; lehnt ihn der Gläubiger ab, so kommt er daher in Verzug. Nicht stichhaltig ist auch die Gegenansicht Donell's,[1]) die Erfüllung durch Dritte verstoße gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz: per liberam personam nihil nobis acquiri posse, denn nicht um einen Rechtserwerb für den Schuldner, sondern um Befreiung desselben von einer Verpflichtung handelt es sich bei der Erfüllung durch Dritte.[2]) Gehört allerdings die Persönlichkeit des Schuldners wesentlich zum Leistungsinhalte, dann kann ein tertius nicht giltig anbieten, weil er sich nicht in der rechten Leistungsbereitschaft befindet; so auch das B.G.B. im § 267.[3]) — Schon im gemeinen Recht war zuweilen behauptet worden, ein Dritter könne nur realiter offerieren, natürlich ohne positive Grundlage.[4]) Wenn nun das B.G.B. diesen Satz aufnimmt, indem es im § 295 nur „ein wörtliches Angebot des Schuldners" zuläßt,[5]) so hat das hier allerdings einen guten Sinn. Wenn jeder Dritter gezwungen ist, stets realiter anzubieten, so heißt das nach B.G.B. weiter nichts, als daß ihn im Streitfalle immer die Beweislast für seine Erfüllungsbereitschaft trifft, was zur Vermeidung von sonst ganz unkontrollierbaren Chikanierungen des Gläubigers durchaus angemessen ist. Dritte können also nur mit der schwereren Beweislast des § 294, nie mit der erleichterten des § 295 anbieten. Falsch ist es dagegen, aus der Notwendigkeit der Realoblation zu folgern, daß Dritte in den Fällen des § 295 B.G.B, also bei Wahlschulden, Holschulden u. s. w.

---

[1]) Donellus, comment. de jure civ. lib. XVI. cap. 135 b.

[2]) Dagegen mit anderen Gründen auch v. Madai, S. 248, Wolff, S. 425; Mommsen, III. S. 159.

[3]) Meist ist dies bei obligationes faciendi der Fall; Näher Rosenberg S. 169; Wolff, S. 425. Vgl. B.G.B. §§ 613, 664, 691. Siehe übrigens auch das im § 268 bei drohender Zwangsvollstreckung normierte Eintrittsrecht.

[4]) Mommsen, III. S. 159.

[5]) Vgl. Fischer-Henle[2] § 295, Anm. 2. Siehe auch über das Angebot des Bürgen. R.G. IV. S. 190.

überhaupt nicht mit Verzugswirkung offerieren können.[1]) Denn wenn § 295 B.G.B. bestimmt: „Ein wörtliches Angebot genügt", so schließt es mit diesem „genügt" ein tatsächliches Angebot nicht aus. Da die Leistungsbereitschaft des Dritten auch in den Fällen des § 295 genau derjenigen des Schuldners entsprechen und überdies vom Dritten bewiesen werden muß, wäre es in der Tat ungerechtfertigt, hier ein oblatio tertii auszuschließen.

Streitfrage ist, ob bei Oblation an einen Stellvertreter des Gläubigers die Nichtannahme durch jenen diesen in Verzug setzt. Für den Generalprokurator wird dies durchweg bejaht, da sich jeder aus den Handlungen seines Generalprokurators, wenn sie ihm auch schädlich sind, ganz allgemein eine exceptio doli gefallen lassen muß.[2]) Dagegen meinen Viele, der Specialprokurator handle extra mandatum, wenn er nicht annehme. Indessen finden sich Stellen, welche in ganz analogen Fällen auch aus den Handlungen des Specialprokurators eine schädliche Wirkung gegen den Vertretenen eintreten lassen, so l. 11 und l. 12 D. de pact. 2,14. Nam et nocere constat sive ei mandavi ut pacisceretur, sive omnium rerum mearum procurator fuit, und es ist doch wohl eine zu restriktive Interpretationsmethode, wenn v. Madai diesen Satz nur für Vertragsschlüsse angewandt wissen will, von denen speziell l. 12 cit. allerdings handelt.[3]) Für das B.G.B., das keine speziellen diesbezüglichen Bestimmungen enthält, sind allgemeine Grund-

---

[1]) Munk, S. 57; Oertmann, § 295, Anm. 4; Plank, § 295, Note 4; Rosenberg, S. 170, der wenigstens auch bei Holschulden Angebot eines Dritten zulassen will.

[2]) Siehe l. 10. § 2; l. 12 D. de pact. 2, 14; l. 4 § 18 D. de doli except. 44,4. Windscheid, Pand. II. § 345[7]; Mommsen, S. 315; Wolff, S. 423; v. Madai, S. 248.

[3]) v. Madai, S. 248 ff. Gegen den Verzug bei Spezialprokuratur Mommsen, S. 315 ff.; Wolff, S. 423 ff.; Donellus XVI. cap. 13; Windscheid, § 281[7]; dafür Brinz, 303; Sintenis 219, 220; Glück IV. § 329; Fritz, 351; dafür auch die Praxis d. R.G., siehe die bei Rosenberg, S. 173, angeführten Entscheidungen.

sätze entscheidend. Hier wird m. E. zu erwägen sein, daß der Inhalt der Vollmacht unmöglich nur darin bestehen kann, daß der Vertreter nur die tatsächlichen Annahmehandlungen vollziehen dürfe, — das wäre überhaupt keine Stellvertretung in jure, sondern der Dritte wäre bloßer Gehilfe. Die Vollmacht kann vielmehr nur darauf lauten, daß der Bevollmächtigte das Forderungsrecht des Gläubigers tilgen, den Schuldner von seiner Verpflichtung befreien dürfe. Dann aber handelt er, wenn er die ausschließlich faktische Mitwirkungstätigkeit verweigert, keineswegs außerhalb des Rahmens seiner Vertretungsmacht; denn nicht die Befreiung des Schuldners hat er verweigert, sondern nur das Leistungsobjekt nicht entgegen genommen. Diese Handlung aber wirkt, als innerhalb der Vollmacht vorgenommen, auch gegen den Gläubiger.[1])

---

[1]) Zu demselben Resultat gelangt mit anderer Motivierung Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 111, 112 Vgl. auch Rosenberg 173; Plank, § 293³.

Lebenslauf.

Verfasser vorstehender Dissertation wurde am 14. Mai 1879 zu Posen als Sohn des Kaufmanns Max Warschauer und seiner Ehefrau Josephine, geb. Meyer, geboren.

Von Ostern 1888 bis ebendahin 1897 besuchte er das Kgl. Friedrich-Wilhelms-Gymnasium zu Posen und studierte nach Ablegung der Reifeprüfung sechs Semester lang auf den Universitäten Heidelberg, Berlin und Breslau die Rechtswissenschaft und die Nationalökonomie.

Er hörte dabei die Vorlesungen und Seminarien der Herren Professoren und Dozenten:

E. J. Bekker, Beling, Brie, Brunner, Crome, Dahn, Dambach, Kuno Fischer, Otto Fischer, Gierke, Heilborn, Heymann, Hinschius, Hübler, Jellinek, Jörs, Kleinschmidt, Kohler, Leonhard, Lesser, Mendel, Oertmann, Preuß, Schmoller, Schröder, Sombart, Thode, Adolf Wagner.

Am 25. Juli 1900 bestand Verfasser am Kgl. Oberlandesgerichte in Breslau das Referendarexamen, am 4. August 1900 das Rigorosum, am 6. August 1900 wurde er als Referendar beim Kgl. Amtsgerichte in Samter vereidigt. Gegenwärtig ist er beim Kgl. Landgericht in Posen beschäftigt.

Allen seinen hochverehrten Lehrern gestattet sich Verfasser an dieser Stelle seinen ehrerbietigsten Dank auszusprechen.

Thesen.

1. Es giebt keinen materiellrechtlichen Unterschied zwischen Real- und Verbaloblation.
2. Zum Gefahrübergang bei der Gattungsschuld nach § 300 Abs. 2 B.G.B. ist Aussonderung nicht erforderlich.
3. Die Ansicht, daß die Auflassung an einen Miterben in ganz Preußen auch vor dem Nachlaßgerichte erfolgen könne, ist unrichtig.